

"NOTAS EN TORNO A LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA: ¿principio concursal o del derecho societario?"

Publicado en Ensayos de derecho empresario, número 4, publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Editado por FESPRESA, Córdoba, noviembre 2008, págs. 55 a 165.

Efraín Hugo RICHARD

I - LA PROBLEMÁTICA. Donde dejamos entrever el objetivo de estas notas, encontrando la fundamentación de la conservación de la empresa a través de una axiología del sistema concursal. II - ¿PRINCIPIOS O AXIOLOGÍA DEL DERECHO CONCURSAL? Intentando determinar a que nos referimos en forma genérica, incursionando en ética y moral, no antes de haber transcripto opiniones de doctrina y jurisprudencia sobre prácticas irracionales. III - HIPÓTESIS. Donde apuntamos nuestro criterio. IV - BIEN JURIDICO DEL SISTEMA CONCURSAL. Donde desde la dogmática intentamos revisar el valor a tutelar y localizamos claramente el antivalor que justifica el Derecho Concursal. V - CONSERVACION DE EMPRESA Y CONCURSO. Donde cotejamos la apreciación dogmática sobre la axiología con algunas expresiones normológicas contenidas en algunas regulaciones concursales, los intereses convergentes en la empresa, y la subjetivización de la finalidad de "conservación". VI - LA EMPRESA. Distinguiendo empresa del medio técnico de organización societario. VII - RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIA Y PLANIFICACIÓN. Donde apuntamos lo genérico de esa responsabilidad y lo específico de la responsabilidad de quiénes deben conservar la empresa, apuntando a un deber básico de planificación, con la doble visión: la concursalista como plan de reestructuración, y la de las relaciones de organización como plan de funcionalidad de la empresa. VIII - DESDE EL DERECHO DE LA ORGANIZACIÓN HACIA TODO EL DERECHO. Donde mostramos nuestra particular apreciación sobre la modalidad de afrontar las crisis de entes societarios, imponiendo a los administradores societarios hacerlo desde el derecho específico. IX - MEDITACIONES FINALES. Desde donde hacemos algún resumen e invitando a una construcción más integral del sistema.

I - LA PROBLEMÁTICA.

No hay duda que la conservación de la empresa representa en la actualidad un bien jurídico, como forma de tutelar múltiples intereses y particularmente puestos de trabajo.

Pero la expresión "conservación" resulta usada genéricamente y no se asegura esa conservación. Es más se habla en el derecho concursal de reestructuración o reorganización de la empresa, para generar esa conservación, lo que lleva a consecuencias equívocas.

Por ello nuestro intento de desentrañar la existencia de principios, valores, de alguna axiología para el derecho concursal, pero particularmente observando la empresa en una etapa previa. No es tarea fácil. Algunas legislaciones fijan principios orientadores.

No se trata aquí de enfrentar un problema sobre la metodología del derecho -a nuestro modesto entender-. En efecto no es aquí donde nos referiremos a un método o a una metodología, conveniente o necesaria para la construcción de un sistema normativo o su interpretación.

Lo que intentaremos es extraer el valor, la axiología del sistema.

Esa determinación tendrá importancia capital para delinear actuaciones en abuso del derecho o fraude a la ley, tema que no abordaremos en este ensayo.

1º. Quizá sea conveniente, en primer lugar, recordar que la consecuencia de aplicarse el derecho concursal es la suspensión de acciones individuales de contenido patrimonial, generando la

universalidad, concurrencia, y efectos semejantes. Concretamente se impide el funcionamiento del art. 505 C.Civil Argentino -que como en similares normas del derecho comparado- autoriza la acción individual para exigir el cumplimiento de una obligación y la compensación del daño.

Lidia Vaiser en *El abuso de Derecho en los Procesos Concursales*¹ apunta "el proceso se estructura sobre ciertos principios reconocidos desde tiempos inmemoriales: la universalidad, la colectividad y el carácter inquisitivo del proceso"².

Lo que es claro es que el Derecho Concursal viene en sustituir el Derecho Común, alterando los derechos de los acreedores de una persona física o jurídica cuyo patrimonio aparece insuficiente para satisfacer los reclamos individuales, al sólo efecto de asegurar la universalidad, concurrencia y eficiencia de la solución patrimonial: superación de la crisis o liquidación.

El principio primero en el tiempo primero en el derecho es alterado, impidiendo el ejercicio individual de coerción para obtener el cumplimiento forzado de aquello que no fue satisfecho voluntariamente por el deudor.

2°. En segundo lugar en que condiciones es posible la aplicación del derecho concursal: suspensión de pagos, peligro inminente, crisis, etc. recomendándose su temprana aplicación ante la crisis, no obstante lo cual se exige cierta permanencia o rigurosidad de esta crisis³.

La aplicación del derecho concursal por los acreedores resulta de un incumplimiento o de la evidencia palmaria de que se va a incumplir. Por parte del deudor puede resultar de su confesión de que no podrá cumplir en un futuro inminente.

Ante ello -por decisión de un órgano público competente- se convoca a los acreedores, a un juicio universal, a un concurso. Se incorpora así a las relaciones de organización, alterando las relaciones de cambio.

3°. Y en tercer lugar y como aproximación a esa axiología, reflexionando sobre el bien jurídico tutelado⁴.

II - ¿PRINCIPIOS O AXIOLOGÍA DEL DERECHO CONCURSAL?⁵

El término axiología, conforme al Diccionario de la Real Academia, significa "digno de valor", y referido a la filosofía "Teoría de los valores". La axiología se corresponde a la "Teoría de los Valores".

Frente a ello y el derecho común, no hay duda que resulta un valor negativo la insuficiencia patrimonial para atender a los acreedores. No implica una cuantía. La insuficiencia es un disvalor que impone un derecho especial y un accionar de órganos especiales -tanto jurisdiccionales o administrativos como de personas externas a ese patrimonio con funciones propias (síndico, curador, etc.). El Derecho Concursal tiende a organizar el reparto o un acuerdo para el cobro. En una sobreestimación de la persona-deudor, podría sostenerse que se trata de asegurar la existencia de ese patrimonio. Pero el patrimonio en sí resulta una concepción sin contenido, sólo es una aptitud.

Ferrater Mora en su Diccionario⁶ señala que "En su libro *Valuation: Its nature and Laws* (1906), Wilbur M. Urban escribe: "La segunda tarea de una teoría del valor es la evaluación reflexiva de objetos de valor. No sólo sentimos el valor de objetos, sino que evaluamos estos objetos y, últimamente, los propios sentimientos de valor. Es claro que aquí interviene un punto de vista distinto del psicológico, un punto de vista que no sólo requiere ser claramente definido, sino también ser adecuadamente relacionado con el psicológico. Si nuestro problema fuese el de una determinación de la validez de objetos y procesos de conocimiento, lo mejor sería describirlo como un problema lógico o epistemológico. Pero el término epistemología es demasiado estrecho para incluir el problema de la evaluación de los valores; podemos pues, usar un término especial para definir el problema tal como aquí se presenta. Por analogía con el término epistemología hemos forjado el término axiología, y podemos desde ahora hablar de la relación entre el punto de vista axiológico y el psicológico" (pág. 16). Urban examina en su libro el "problema" y el "método"

"axiológicos" (págs. 17 y ss.) y usa expresiones como "suficiencia axiológica" (pág. 405)".

Sigue Ferrater Mora "J. N. Findlay (Axiological Ethics, 1970) hace notar que Urban fue el primero en usar "axiología" para traducir la expresión alemana Werttheorie ("teoría del valor") que el economista von Neumann había introducido en economía, como "teoría del valor económico", y que Ehrenfels y Meinong, entre otros, habían tratado como teoría general de todos los valores. Formando a base del término griego "axos" (valioso, estimable, digno de ser honrado), el vocable axiología es usado a veces como equivalente a teoría de los valores (incluyendo los llamados "disvalores" o "valores negativos". Se usa más particularmente en relación con valores éticos y estéticos. La "ética axiológica" es la fundada en la teoría de los valores, tal como ha sido desarrollada por Scheler y Nicolay Hartmann, con los precedentes de Ehrenfels, Meinong y, sobre todo, Brentano".

¿Existe una axiología en el derecho concursal?

1. Eventualmente esa axiología: ¿debería existir normológicamente o sea en la construcción del derecho concursal positivo?

¿O debe limitarse a una construcción doctrinaria? O mejor aún es mejor prescindir de una axiología del derecho concursal para estar a respuestas ante las situaciones fácticas que se vayan presentando? Incluso para una mayor elasticidad en la aplicación de las normas conforme las necesidades del caso. Y en tal supuesto nos preguntaríamos cuales serían las necesidades del caso que impusieran ruptura de cierta axiología, valores, principios, objetivos orientadores en la aplicación de un sistema que aparta de las relaciones de cambio e impone un derecho de crisis agrupando las relaciones de cambio y generando una relación de organización en torno al patrimonio del deudor común.

La constatación que haremos en algunas legislaciones nos llevarán a una respuesta positiva al primer interrogante, pero la falta de expresión normativa expresa no nos hará ceder en el propósito e impone la generalización que intentaremos en este ensayo como respuesta a la segunda cuestión.

No queremos caer en lo que cuestiona el maestro Osvaldo J. Maffia sobre "invocar las "miras" del legislador y el "espíritu" de la ley. Confesamos nuestra alergia ante este tipo de argumentos. Es tentador elevarse a ciertas alturas, pero hace milenios que Icaro nos mostró las consecuencias de traspasar ciertos límites en el vuelo. Muchas veces se recurrió a un hueco palabrerío como nutrición de fallos contra legem, y Almafuerde dijo saber de azules contricciones/ que acabaron en turbias bacanales. Casos recientes nos dieron ocasión de señalar ese recurso en juicios, algunos de ellos resonantes por su volumen y lo manifiesto de la inclinación judicial a favorecer su éxito. Una sola mención bastará. Frente a una situación similar a otra en la que el tribunal había fijado su criterio, nuestros jueces practicaron su explícito revirement de la anterior doctrina, disimulando su borocotización mediante fundamentos rebelaianos, a saber, los arts. 32 bis y 45 bis introducen un subinstituto en la fase insinuatoria de créditos emanados en emisiones colectivas de títulos de deuda privada (.) se estableció con ello una normativa puntual en referencia al art. 45 bis, específicamente una condición particular de acreedores, quienes se presumen aglutinados, organizados y reglados, etc. . Además, debe establecérsela dinámica propia de este subinstituto. Tales fueron las "palabras, palabras, palabras" en las que el tribunal, en un caos de impresionante volumen, decidió lo contrario a lo resuelto antes de un proceso similar en el encuadramiento jurídico, pero en las antípodas respecto de las cifras en juego. Un viejo brocado que recuerda Perelman en su elucidación de las distintas formulaciones de la justicia, reza: Quod licen jove non licet bove"7.

Sigue amonestando Maffia "Accedamos a un ejemplo más. El art. 45, ley 24522 dice que acreedores no pueden votar (rectius, expedirse sobre la propuesta concordataria, aclaración imprescindible para aventar las furias de nuestro amigo Truffat). En cierto concurso era necesario que el tribunal excluyera a determinados acreedores renuentes, pues de lo contrario las mayorías no se iban a lograr, y tras referir que la ley no incluía la situación que era el caso, amontonó ocurrencias para presentarlas como razones. Por ejemplo: - télesis; - interpretación amplia; - interpretación finalista; - nuevas circunstancias de las relaciones negociales; - ratio legis del

precepto; - la dinámica propia del instituto. Es decir, mil dividido por jueves".

Para luego advertir "III- La dogmática, o sea la ciencia específica del derecho positivo, ocurre, sobre todo desde la pandectística en adelante, al empleo de algo así como unidades racionales llamadas "institutos". De ese modo, uno o varias normas -eventualmente muchas- permiten una utilización que sería compleja y dispendiosa si nos limitáramos directamente a ellas. Los institutos hacen posible el manejo de un material normativo que no siempre recordamos, y esa valiosa facilidad que su empleo nos brinda si intentáramos arreglarnos con las normas en vez de mencionar el instituto, pues ¿acaso tenemos presentes cuántas menciones legales reemplazamos con las palabras "fideicomiso", o "hipoteca", o "leasing"?" Sigue Maffia "Muchas cosas se sobreentienden en la comunicación ordinaria, y si ante un colega nos referimos a lo que ya mencionamos con aquellos vocablos, es porque contamos con su comprensión al respecto: ". el lenguaje conlleva siempre una conceptualización ya formada", escribe Heidegger en "Ser tiempo" (p. 255 de la trad. al italiano por Pietro Chiodi) y el iusfilósofo contemporáneo García Amado dice, en esa misma línea, que cuando se discuten "pretensiones de validez no se opera en el vacío, sino sobre el terreno de un cuerpo de ideas previas socialmente compartidas", y agrega citando a Habermas: ". todo proceso de entendimiento tiene lugar sobre el trasfondo de una precomprensión imbuida culturalmente" ("Ensayos de Filosofía Jurídica", Bogotá, 2003, p. 181). Pero siempre estaremos ante una elaboración dogmática con apoyo en el derecho positivo. Galgano recordó que "los conceptos jurídicos se constituyen a partir de las normas, no las normas a partir de los principios ("Prefazione" a "Il nuovo Diritto Societario", Ed. Cedam, 2003), y la sentencia del gran iusprivatista es bastante más que el retruécano. - Ocurre a veces que el concepto no se limita a la connotación originaria, sino que con el uso le va siendo atribuido un plus o un minus al modo que fuere de sus notas. En nuestro universo de discurso, una noción pudo haber sido elaborador por los romanos, y la seguimos utilizando; pero el conjunto de notas que integran el concepto -la "intención" que dicen los lógicos- es posible e incluso frecuente que hubiera cambiado" Y da ejemplos, continuando su pensamiento -que sintetizamos-: ". existe el riesgo de manejarse con un concepto cuya intención fuese diversamente considerada en la hipótesis de una conversación entre colegas . Y por supuesto que no se trata sólo del caso típico de la variación en las notas, sino las que se tienen presentes por uno y por el otro. Sin embargo igual podemos entendernos, gracias a la noción elaborada por la dogmática y al margen de la mayor o menor presencia en cada uno de las normas que fueron base de aquella elaboración.- Aunque a título meramente ilustrativo, recordaremos una deliciosa alegoría, casi una viñeta, de Alf Ross: Así como en el mundo de la naturaleza un organismo viviente puede morir, pero retener su forma en el curso del tiempo es llenada con nuevo contenido (.) inadecuado de acuerdo con su verdadera naturaleza para la forma encontrada, y cuyo resultado es una imitación extraña en piedra o en cristal de seres alguna vez vivos, así también, en mi opinión, sucede en la historia del intelecto humano: un concepto que ha perdido su original contenido viviente puede sobrevivir con la estructura pristinamente dada que es inadecuada para el modo de pensar de posteriores épocas, y por consiguiente aparece a la mente moderna como una reliquia fosilizada de una mentalidad oscura de tiempos primitivos (Ross, "Hacia una ciencia realista del Derecho", Buenos Aires, 1961, p. 19). - Reiteramos -sigue Maffia- la ventaja de manejarnos con esas figuras, en especial los institutos. El peligro consiste en que las nociones de nuestro manejo cotidiano del material jurídico se apartaran en exceso de este último, y sólo restara el vocablo. En otro terreno, "a partir de la Escolástica, y hablado con más precisión a partir de Platón y Aristóteles, la filosofía ha sido en gran parte un abuso continuo de las nociones generales (.) En todo tiempo los espíritus se han sentido inclinados a operar con (.) nociones abstractas (.) lo que tal vez provenga de cierta pereza intelectual (.) Incluso los "Tópicos" de Aristóteles (.) nacieron de ese abuso de las nociones generales (.) se han empleado conceptos demasiado vastos en los que se podía incluir más de lo que su verdadero sentido tolera (.) los conceptos generales deben ser el molde en que la filosofía deposita sus conocimientos, pero no fuente de donde las tome. Son el terminus ad quem, no a quo" (Schopenhauer, "El mundo como voluntad y representación", Ed. Aguilar, espigado de las ps. 606 y 608). - Por supuesto que las "nociones generales" mencionadas por Schopenhauer se enraizan en la metafísica, que afortunadamente no nos abarca en el tema que tratamos (apuntamos: la

rehabilitación), pero estimamos que orienta en el sentido de la insinuada prevención contra el empleo de conceptos cuyo contenido -variable- pudiera llevarnos a utilizar desviadamente el vocablo con que lo mentamos".

Que difícil enfrentar esta cuestión después de tales consideraciones. Pero nos afirma en la idea en que sin violentar la norma, cada una de ellas integra un sistema -en muchos casos también un instituto-, que impide su interpretación aislada e impone su congruencia con el sistema general, al que referiremos. No obstante bucearemos en las normas para encontrar algún principio.

2. Moral, Ética y Derecho.

Antes de referirnos a este tema lo debemos contrastar con ciertas situaciones de la realidad.

La ineficiencia y desprestigio a que hemos hecho casual referencia se trasunta en sospechas⁸, también expresadas en dos recientes fallos que introducen duros juicios de valor sobre la conducta desplegada por las concursadas. Así el Juez de Mendoza Dr. José E.A. Arcaná expresa "si se tiene en cuenta la excesiva litigiosidad deliberada y dilatoria que caracteriza últimamente a todos estos procesos concursales"⁹, considerando abusiva una propuesta ab initio. Y las expresivas y sinceras manifestaciones obiter dictum del camarista Dr. Alfredo A. Kölliker Frers¹⁰ "la realidad cotidiana de nuestros tribunales demuestra que los "verdaderos acreedores permanecen ajenos, en general, al trámite de los concursos, ya sea por desconocer siquiera su existencia, por falta de información o por ignorancia sobre como manejarse en ese tipo de contingencias, o incluso por carecer de asesoramiento legal o, simplemente, por fastidio o hastío por un sistema legal que desde la perspectiva popular sólo pareciera proteger a los deudores y desamparar a los acreedores. En fin, cualquiera sea la razón de esta realidad, lo cierto es que estos acreedores "genuinos" -mayormente proveedores, trabajadores y/o genéricamente, acreedores comerciales- deben presenciar como el concursado y sus asesores letrados diseñan estrategias que les posibilitan a estos últimos "manejar" las mayorías concursales para imponerles a aquellos propuestas abusivas, cuando no irrisorias, para dilatar su pago, o diluir o licuar directamente sus créditos hasta límites inconcebibles. ¿Puede seriamente creerse, entonces, que esos desprotegidos acreedores estarán en condiciones de evaluar si la falta de actividad actual y/o potencial del concursado constituye o no un óbice para el éxito de la solución preventiva, cuando además de carecer por completo de todo tipo de información acerca de la actividad comercial del deudor, se procura por todos los medios que aquellos no participen del procedimiento concursal (si es que se enteran de su existencia) y son frecuentemente excluidos de la "voluntad" del colegio de acreedores mediante la interposición de acreedores ficticios o ya "desinteresados" deliberadamente para que brinden su connivente complacencia a las estrategias del deudor, situación que se agrava si se tiene en cuenta que ni siquiera este último está obligado por la ley a decir qué se propone hacer con su empresa y de dónde piensa sacar los fondos con los que les va a pagar? Sinceramente creo que no. se tiene la más absoluta certeza desde la perspectiva de juez que el único objeto del deudor es "bicicletear" a los acreedores y/o ganar tiempo para asegurarse un espacio temporal durante el cual poder diluir su responsabilidad patrimonial y garantizar la inmunidad de los responsables de la falencia".

La norma jurídica general o específica de la resolución jurisprudencial no puede apartarse de las buenas costumbres y el orden público (principio del art. 21 C.Civil Argentino). Lo relatado afecta a la moral, las buenas costumbres, la buena fe, el sistema jurídico.

Moral es definida por Ferrater Moral I: "El término moral tiene usualmente una significación más amplia que el vocablo "ética". Además de oponerse a lo físico "Finalmente, lo moral se opone comúnmente a lo inmoral y a lo amoral en cuanto lo que se halla insertado en el orbe ético se opone a lo que se enfrenta con este orbe o permanece indiferente ante él. Lo moral es en tal caso lo que se somete a un valor, en tanto que lo inmoral y lo amoral son, respectivamente, lo que se opone a todo valor y lo que es indiferente al valor. Kant ha distinguido entre la moralidad y la legalidad. Hegel distingue entre la Moralität que "consiste en el cumplimiento del deber por el acto de la voluntad, y la Sittlichkeit es la obediencia a la ley moral en tanto que fijada por las normas, leyes y costumbres de la sociedad, la cual representa a la vez el espíritu objetivo. Sin embargo, a diferencia de Kant, y

aun en oposición a Kant, Hegel considera que la mera buena voluntad subjetiva es insuficiente; en rigor, esta buena voluntad puede obtener laureles que no son sino hojas secas que nunca han verdecido. . Para que llegue a ser concreto es preciso que se integre con lo objetivo,. es la racionalidad de la moral universal concreta que puede dar un contenido a la moralidad subjetiva de la mera conciencia amoral . "se debe ser moral porque es lo justo, lo adecuado, lo conveniente. o porque nos hace felices, o porque es útil a la sociedad, o porque es un mandato de la razón".

Se ha dicho que "la consideración ética y la cuestión de los valores tienen distintos significados y respuestas en cada disciplina, y desde los más variados sectores se analizan los aspectos éticos implicados en las diversas actividades: empresariales, jurídicas. y rara es la obra de carácter general -de cualquier materia- que no contemple en un capítulo específico los aspectos éticos de lo estudiado. ¿Quiere decir esto que la ética goza de buena salud en este momento?... la demanda de "ética" a que se hacía referencia al principio no tiene una respuesta unívoca.. Se suele afirmar que hoy en día la normativización es excesiva, que la masa de normas es copiosa y que éstas están escasamente interiorizadas tanto por parte de la sociedad como por parte de los mismos juristas. . La relación entre Derecho y moral. constituye uno de los más relevantes temas de estudio en disciplinas como la Filosofía del Derecho, donde los problemas axiológicos constituyen el campo central de su estudio. El análisis y la crítica del Derecho, de la necesidad de su existencia, de su aplicación y relación con la justicia son aspectos frecuentemente abordados por los estudiosos de esa disciplina y tiene una significativa carga valorativa..-y citando a Radbruch- en caso de conflicto entre seguridad jurídica y justicia, entre Derecho y moral hay que dar prioridad al Derecho positivo, salvo que ". su contradicción con la justicia alcance un grado tan intolerable que la ley, en tanto que derecho injusto, tenga que ceder ante la justicia" (todos los subrayados nos corresponden) . Las complejas relaciones entre ética y Derecho se evidencian especialmente en los "casos difíciles"; es decir, en aquellas circunstancias en las cuales no existe un claro acuerdo social a la hora de definir cuáles deban ser las conductas exigibles jurídicamente -con el especial plus de coactividad que el Derecho posee-, y también en aquellos supuestos en los cuales los jueces deben decidir sin norma. la transformación de la sociedad es lo que hace que el Derecho evolucione; que los valores y las actitudes se modifiquen lleva implícita la idea de cambio, y no la de retorno"¹².

Advertimos en la disciplina en la que estamos trabajando la dificultad del tema, particularmente por cuanto no se lo muestra como es, se oculta a través del cumplimiento de formalismos y en encubre a falta de expresas referencias normativas que desalienten los repartos desequilibrantes, o que ignoren las adjudicaciones que el derecho otorga.

3. Desde un positivismo, reconociendo la fuerza normativa ejercida por los gobiernos, señala Daniel E. Truffat -en uno de sus medulosos trabajos, y uno de los juristas que introducen las sospechas referidas- comentando las tesis de Dworkin sobre el punto- uno de nuestros mas destacados iusfilósofos¹³ señalando: ".Al positivismo normativista de Hart, Dworkin le declara la guerra explícitamente cuando en 1967 publica "The model of rules", reimpresso posteriormente con el elocuente título de "Is law a system of rules?". La respuesta dworkiniana a este interrogante no se limitará a ser negativa, sino que además postulará como alternativa un sistema jurídico integrado por una variedad de estándares "que no funcionan como reglas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otros tipos de pautas". La mirada jurídica positivista reducida a reglas, es ampliada tanto a aquellos estándares propios del Poder Legislativo (directrices políticas o policies) cuyo contenido refiere a objetivos que han "de ser alcanzados en tanto implican una mejora en el campo económico, político o social de la comunidad", como así también, y privilegiadamente, a aquellos estándares con los que operan básicamente los jueces y juristas (principios en sentido estricto o principios), cuando deben determinar qué derechos y deberes les corresponden a los ciudadanos, los que han de ser observados "no porque favorezcan o aseguren una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de justicia, equidad o alguna otra dimensión de moralidad."

Ante la cita de Truffat sobre este aspecto nos preguntamos de la dimensión "moralidad" ¿Puede hablarse de ello? Corresponde expresar ciertos ideales o principios. ¿Soplan vientos de cambio?

Consideramos que antes que pensar en cambios legislativos debemos cambiar la forma de pensar, de actuar. Todo lo que nos conmueve tiene solución a través de una mirada constructivista del sistema jurídico.

"Si bien los propios jueces ya habían iniciado un camino de resistencia a tan devastadora supresión de facultades, reivindicando jurisprudencialmente el deber de garantizar la supremacía de todo el orden normativo¹⁴ (lo que incluye a aplicación de ciertos estándares que trae nuestra ley civil de sujeción de los actos privados a la "moral y buenas costumbres", arts. 21, 953, 1047, 1071 del Código Civil), una reforma legislativa acaecida en el año 2002 -ley 25.589- instaló el mandato expreso de no homologar acuerdos abusivos o en fraude a la ley. Una primera cuestión a ponderar es la habitualmente predicada separación entre el terreno del derecho y el de la moral. Obvio que la moral, en tanto mandato heterónimo pero incorporado subjetivamente por las personas cuya conducta pretende regular, comporta un ámbito "normativo" diverso del jurídico estricto sensu. Este último, en general, está determinado por la ley y goza de la coacción estatal, a diferencia del primero. Pero sería un gran mentira en sociedades como las nuestras predicar una absoluta ajenidad (mas propia de ciertos debates decimonónicos que encubrían, en verdad, el intento de alejar a los sectores religiosos -habituales, pero no exclusivos, sostenedores de ciertos valores éticos- mas que sostener que un sistema jurídico laico puede ser formalmente neutro en lo atinente a los valores morales 15)..La leyes positivas -incluso las Constituciones- de nuestros países tienen expresas aperturas a ese derecho natural y a preceptos de moral. En el caso argentino el Preámbulo de la Constitución se remite a la protección de Dios "fuente de toda razón y justicia", ya desde 1853 hace mención al "derecho de gentes" y nuestra ley civil -tan lejos en el tiempo como la versión codificada en 1870- sienta parámetros básicos de normativización de parámetros morales. La locución habitual es la remisión al "orden público" y a la "moral y a las buenas costumbres" (ideas que, en alguna medida, se mezclan e influyen correspectivamente).. Bien entendido [acotación: este dato no es menor en estos tiempos de intolerancia y de renacimiento de posturas religiosas totalitarias o, al menos invasivas]; que la moral de la que estoy escribiendo es la moral social media. Aquella que es construida socialmente y trasunta un conjunto de lugares comunes de una cierta sociedad, en un cierto tiempo, sobre lo socialmente justo, equitativo o tolerable. La Constitución argentina trae desde su jura por los pueblos y entrada en vigencia el 25 de mayo de 1853 una locución preciosa sobre el particular que exime de la autoridad de los magistrados a las "acciones privadas de los hombres" en tanto y en cuanto no sean "contrarias a la moral" o "no perjudiquen a terceros" -encontrando un exacto equilibrio entre la libertad individual y la sujeción, en tanto miembro de una comunidad y partícipe de un proyecto colectivo, a ciertas exigencias mínimas (no dañar a otros; no ofender la moral social media)-."16.

Otro prestigioso jurista argentino, ha dicho: "El derecho se emplea para regular la conducta de los hombres en sus relaciones entre sí y esta conducta debe actuarse con criterio moral. No nos estamos refiriendo a los principios morales que ha de observar el individuo en la esfera interna de sus convicciones. Pues la justicia, si bien es una virtud, no lo es referente a la perfección del sujeto en su esfera íntima. Cuando hablamos de la base moral del derecho nos estamos refiriendo a aquella conducta del sujeto que repercute en la esfera de intereses de otro individuo y de la sociedad en general para cuya solución el juez ha de aplicar la ley teniendo en cuenta que el derecho exige que la ley y los hechos que motivan el proceso sean interpretados con un criterio moral en el sentido de no soslayar comportamientos que bajo la apariencia de ajustarse a normas jurídicas, éstas, en realidad, son usadas para fines arteros o valiéndose de medios ardidosos para obtener ventajas indebidas, lograr el sometimiento de una persona y otros recursos que demuestran un comportamiento reñido con los criterios éticos de una comunidad. Por ello estimamos que, lejos de entrar en la polémica sobre cuáles son las diferencias entre moral y derecho o si se trata de dos especies del mismo género, debemos considerar que un derecho extraño a la moral, en el aspecto arriba referido, es un no derecho. Debemos considerar las exigencias jurídicas y morales como bases coordinadas para evaluar la conducta de los justiciables." 17. Agrégase que en estos caóticos tiempos que corren -donde la explosión de expectativas de los justiciables, los límites del sistema de justicia (no hablo aquí de los límites presupuestarios sino de la limitación del sistema "en sí"), el

debilitamiento de proyectos comunes, la ausencia de mitos fundantes, la falta de procesamiento adecuado de una catarata informativa tan dantesca como inaprehensible 18- las normas o principios morales aparecen revalorizados como integrantes de cualquier plexo jurídico y su interpretación y aplicación. ".A pesar de la multiplicidad de concepciones y de la ambigüedad del término, los principios son muy usados por el juez para resolver, para el legislador para legislar, por el jurista para pensar y fundar, y por el operador jurídico para actuar. No solo son perennes al devenir del tiempo, sino que su importancia se acrecienta cada vez más. Ante el evidente desprestigio de la ley producido por la superproducción legislativa, ante el peso abrumador que tiene los digestos y las oscilaciones de la jurisprudencia, ante la multiplicidad de ordenamientos que conviven en el contexto de la globalización del mundo, se postula cada vez mas una tarea de simplificación en base a principios. En su larga historia, han demostrado dos caracteres que les han dado fortaleza: El primero es su simplicidad, o por lo menos la aspiración de tener un conjunto de ideas que guían el cálculo jurídico. El segundo es su jerarquía superior. Cualquiera que sea la concepción que se desarrolle acerca de ellos, siempre se los ha ubicado bien alto; para algunos integran el Derecho natural, para otros tienen una raíz histórica; para otra opinión son anteriores al ordenamiento, pero se obtienen por generalización de normas y son superiores a ellas. Esta altura, esta superioridad, es la que permite conferirles una función de control, de límite, de guía de actividad infraprincipal. Con estos caracteres de simplicidad y de alta jerarquía, los principios constituyen una "armazón", una "arquitectura" del ordenamiento jurídico privado."19

Hace poco se tituló una Comisión en el Congreso Iberoamericano de Derecho de la Insolvencia con la convocatoria "Moralización de los procesos concursales", recarautulada "Moralización en..." lo que supone el ajuste de una serie de acciones para evitar la "inmoralización del proceso". Las conductas humanas son morales o inmorales. A la postre el título tiende al margen de toda magia verbal, a exponer realidades que son conductas humanas abusivas en los procesos concursales. Nunca hemos usado la expresión "moralización" en ningún sentido, porque la realidad que se ha de mostrar debe ser afrontada con principios jurídicos, todos de inspiración ética que no pueden aceptar el abuso.

"La conclusión es que la ética no es un valor de la empresa sino un límite"20.

Se ha dicho que el rol de la ética en la definición del desenvolvimiento de la empresa, a propósito de la doctrina y práctica de la responsabilidad social empresarial se encuentra en crecimiento21. Se cuestiona, citando a Milton Friedman que se suele plantear ello desde las posiciones cínicas o amorales, sin considerar situaciones de mercado global que imponen muchas veces trasladar una empresa a otro país. Este es otro tema, ajeno a la insolvencia pues ese traslado normalmente está unido a un cuidadoso cumplimiento de las obligaciones laborales, contractuales y fiscales.

4. Se dice que ciertas discusiones jurídicas y/o económicas constituyen un espejismo que suele contribuir a apartar la vista de las situaciones sociales reales, para conformarse con hundirla en el hoyo de un autoengañoso discurso juricista, conformando una especie de pantalla para no percatarse de cómo pasan las cosas en la realidad, una suerte de manifestación más del pensamiento de tipo mágico en el uso del lenguaje.

Obviamente que el discurso podría entenderse que representa meramente un ideal, que pretenda que algunas cosas sean tenidas en cuenta, expresando con claridad ciertas situaciones que no son ponderadas por los jueces.

De este Congreso es el rol de que los derechos, los ideales, las reglas éticas del "corporate government", de la competencia leal, de la responsabilidad social empresarial, obren efectivamente como ideales en la conciencia de los juristas y el nuestro un discurso eficiente. De no sólo servirán como pretexto para trazar otro círculo en el cielo que referencia Ihering donde tan a gusto se siente buena parte de la dogmática jurídica.

Todo podría transformarse en una retórica donde la racionalidad de las proposiciones cognitivas podría ser obtenida mediante el perfeccionamiento del arte de vencer o persuadir a un auditorio, que no puede desconectarse de la argumentación como entidad basililar del proceso de

racionalidad justificatoria del Derecho. El contenido ético del derecho es insoslayable, y no hace falta reforma substancial -las realizadas son procedimentales-, sino una nueva lectura del sistema jurídico total y a ello convocamos.

5. Sustentamos la idea de una "economía del derecho", o sea menos normas y más efectivas, basadas en los principios básicos de la convivencia y no arrasados por supuestos de realidad a través de los que quieren justificarse soluciones inadecuadas. La realidad debe ser observada para asegurar la convivencia, y en pleno conocimiento de ello decidir si es necesaria o no una norma para asegurar esa convivencia. Los principios están en el Derecho Civil y en el Societario.

Coincidimos con Truffat que en una época donde se debate sobre la "moralización de los concursos" (señalándola como magnífica iniciativa mientras no se desmadre presuponiendo acriticamente que los concursos por el solo hecho de ser tales son perversos o inmorales), la idea de la relación entre la moral y la propuesta concordataria, genera terreno fértil para el análisis, imponiendo reglas que han de ser observadas "no porque favorezcan o aseguren una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de justicia, equidad o alguna otra dimensión de moralidad."

6. Existe hoy un marcado escepticismo en torno a la eficiencia del sistema jurídico y judicial, sobre la seguridad jurídica. ¿Como devolver a la comunidad la confianza en el mismo, razón de nuestra vocación?

Ese escepticismo se vincula directamente a las inversiones de capital productivo -no golondrina- que nuestro país necesita, que -como ocurrió con los inmigrantes en nuestra historia- elija colaborar en el progreso del país y gozar de sus beneficios. Nos planteamos: ¿cómo atraer esas inversiones?

La cuestión se corresponde con una macroeconomía para el crecimiento, congruente para afrontar la inequidad social que genera inseguridad, y que no debiera corregirse estructuralmente.

El derecho aparece como una abstracción, justificándose en sí mismo, olvidándose de su base dikológica, alejándose de la razón del nacimiento del derecho comercial: la aplicación de los usos y costumbres de los comerciantes como ética de los negocios, y la rápida solución de los conflictos.

Dar preferencia a las cuestiones formales por sobre la realidad de las relaciones de fondo, aceptar la prolongación indefinida de los procesos judiciales cuya ejecución se diluye en procesos concursales, persistiendo el incumplimiento, homologando acuerdos predatorios del crédito, imponiendo sacrificio sólo a los acreedores, sin mayorías transparentes, obtenidas a través de actuaciones éticamente injustificables de terceros, implican un resquebrajamiento del sistema jurídico.

Incorporamos estas reflexiones como deber de la doctrina no sólo en la generación de reformas normativas, sino para una interpretación superadora de las normas vigentes devolviendo al derecho su fundamentación ética -en visión uni, tri o pluridimensional-. La carencia de ethos en la comunidad genera la imposibilidad de asegurar la vida económica y lleva a los poderes empresariales serios a sumergirse en la oscuridad de una economía sombría, generando inseguridad jurídica constituyéndose el derecho en una fachada formal.

Resulta una obligación pensar un derecho simplificante y al mismo tiempo ejemplificador que asegure el orden social comprometido, que se corresponde a los valores seguridad, justicia y equidad. No debería ser ajeno a ello el derecho concursal.

Encontrar el equilibrio y la mejor composición de los intereses entre la tendencia reguladora y la orientación desreguladora debería ser una preocupación de la doctrina, volviendo a una virtud olvidada: la autodisciplina. Ante la ruptura de la convivencia- potenciar la rapidez de reacción del sistema para reparar el incumplimiento.

La doctrina debe asumir la responsabilidad de interpretar el derecho con eticidad y ello debe alentarse. Ese es nuestro rol, manteniendo el tradicional corazón del derecho comercial y receptando la modernidad.

La pérdida de eticidad en estrategias concursales es un fenómeno autónomo aunque parte de la decadencia general, de la ruptura del contrato social, y de los códigos de ética autoimpuestos por los

administradores que fácilmente se apartan de ellos, mientras nos entretienen con su discurso.

Se critica la situación sosteniendo la existencia de disfunciones de la actual ley, por vacíos normativos, requiriendo una reforma que será necesariamente insuficiente y por tanto ineficiente. Pero el problema se centra en la pérdida de ética de nuestro sistema económico, que no equilibra libertad con responsabilidad, asegurada por un sistema judicial eficiente.

No se pretenda sostener una libertad basada en que la cuestión no esta acotada o legislada por la norma concursal, pues no debe pretenderse que el legislador tenga un rasgo de genialidad divina para prever todas las cuestiones que la funcionalidad de la empresa o la picardía generen, y que de alcanzarse tal rasgo de genialidad imposible se caerá en la oscura prolijidad. Lo importante es tener en claro los principios, y que esos principios no pueden afectar los derechos de terceros, a la comunidad. Se trata de una manera particular de construir el sistema jurídico, y en eso estamos.

El derecho no puede presumir la falta de ética, la comunidad y la Justicia deben aplicar las sanciones con esa visión ética, en un constructivismo racional del sistema jurídico. Para que la Argentina tenga un crecimiento económico sustentable, con seguridad jurídica, es preciso reconstruir el contrato social, como pacto de convivencia pues el derecho no tiene fines en sí mismo, no es una abstracción, es para el hombre como también lo es la economía.

El ideal no garantiza el éxito, pero es el único que lo posibilita, si acaso. Este acaso significa que las cosas no dependen simplemente del ideal en sí mismo, sino también del realismo con que sea encarado. No basta con enarbolar el ideal, aunque afirmarlo es fundamental. Hay que poner mucha atención en no confiar en que, por el solo hecho de anhelarlo, de escribirlo, quedará asegurado sin más, y que ese ideal se va a realizar de por sí.

Este es nuestro exordio. Un proceso en forma alguna puede atentar contra la moral (principio del art. 21 C.C.), contra la ética, como fundamente axiológico del sistema jurídico y de los procesos que posibilitan su aplicación.

7. Como construir un pensamiento sistémico del sistema jurídico, de las crisis económicas y la irrupción inconexa del sistema concursal? Existe realmente una axiología, valores rescatables aplicables a esa visión constructivista y sistémica?

Sin referirse a lo que hoy aparece en los concursos que motivan las sospechas que se expresan, Pitirim A. Sorokin²² señala "El actual estado de la occidental cultura y sociedad nos da un trágico espectro del comienzo de la desintegración de su sensualidad super-sistema. Por tanto, su más próximo futuro, medido en años, y aun en unas pocas décadas, ha de pasar bajo el signo del *dies irae*, *dies illa*, de transición a una nueva fase ideativa o idealista, con todos los satélites o características secundarias de un tal proceso. CRISIS. 1. Los valores sensualistas serán todavía más relativos y atomistas hasta llegar a quedar reducidos a polvo, carentes de todo universal reconocimiento y poder vinculante. La línea divisoria entre lo verdadero y lo falso, lo acertado y lo erróneo, lo bello y lo feo, los valores positivos y los negativos, irá borrándose progresivamente hasta que la anarquía mental, moral estética y social reine como suprema. 2. Se irán haciendo cada vez más destructivos y menos constructivos. La mentalidad sensualidad cada vez más, interpretará el hombre y todos los valores "de un modo conductivista, económico, psicoanalítico, mecanicista, materialista. con humanos robots comprendidos en su inmenso e inerte tejido". 4. Los contratos y convenios perderán los últimos restos de su poder vinculante. Con su desmoronamiento desaparecerán, la democracia contractual, el capitalismo contractualista, incluso la propiedad privada, y la contractual libre sociedad de hombres libres. 5. La fuerza bruta y el más cínico fraude llegarán a ser los únicos árbitros de todos los valores y de todas las relaciones interindividuales, e intergrupales. 6. La libertad llegará a ser simple mito para la mayoría y se convertirá en desenfrenada licencia para la minoría dominante. Habrá despojo de los derechos inalienables. 7. Los gobiernos serán cada vez más torpes, fraudulentos y tiránicos. violencia en vez de derecho.. 10.. Las invenciones tecnológicas constructivas serán progresivamente suplantadas por las destructivas. Más específicamente: a. El cuantitativo colosalismo sustituirá al refinamiento cualitativo. el golpe de efecto al valor duradero; la manipulación operativa a la intuición iluminadora. B. El pensamiento será reemplazado por -Información. los sabios por lindos. los criterios reales por criterios falseados.

c. Hasta los más grandes valores culturales del pasado se degradarán. 11. Con la creciente anarquía moral, mental y social y la decreciente potencialidad creadora de la mentalidad sensualista, la producción de los valores materiales declinará, las depresiones se irán haciendo cada vez mayores, y el material nivel de vida descenderá. 12. Por las mismas razones, la seguridad de vidas y en el disfrute de los bienes materiales estará amenazada. Aumentarán los suicidios, las enfermedades mentales y la delincuencia. El tedio se irá extendiendo cada vez más por la sociedad. . CATARSIS De esta manera la cultura y el hombre sensualista se verán empujados a su bancarrota y autodestrucción. todos los valores sensuales hechos pedazos y todos los sueños sensualistas desvanecidos; en esas condiciones los pueblos del Occidente no podrán dejar de abrir sus ojos al vacío de la declinante cultura sensualista. La tragedia, el sufrimiento y la crucifixión traerán la purificación, y la vuelta a la razón, a los eternos, invariables, universales y absolutos valores. La atomización de los valores será reemplazada por su universalización y absolutización. Los valores sensuales serán complementados por los ideativos y los idealistas y se subordinarán a éstos. . En tal cambio comenzará por realizarse en las mejores mentes de la sociedad del Occidente. Sus mejores cerebros progresivamente se irán convirtiendo en nuevos grandes dirigentes. Su orientación renovadora será luego seguida por las masas. Y una vez que esta fase de catarsis se haya alcanzado, la crisis concluirá. CARISMA Y RESURRECCIÓN. Purificada por la ígnea ordalía de la catástrofe, la sociedad del Occidente aceptará un nuevo carisma, y con él, la resurrección y la liberación de nuevas fuerzas creadoras. Estas nos introducirán en un constructivo período de . una noble sociedad construida no sobre la seca raíz sensualista, sino sobre la más sana y más vigorosa raíz del principio integralista". En su segunda edición sigue con un postscriptum escrito en 1957 "Unos treinta años han pasado desde que yo aventuré el diagnóstico del estado actual de la cultura occidental. se hallaba en un estado de crisis total en la que todos los compartimientos de su cultura, todos sus valores principales, las bases mismas de su organización social. todo crujía. En la gozosa y optimista atmósfera de la tercera década del siglo veinte esta clase de diagnóstico y predicciones naturalmente era una voz que clamaba en el desierto, y a muchos parecía necio, extravagante. y completamente erróneo. el diagnóstico y predicciones se han cumplido. . En la época actual todo el mundo sabe que la humanidad se enfrenta con su mayor crisis, si bien la mayoría de las personas no conoce exactamente su real naturaleza, y su cómo y porqué.. En la ciencia este doble proceso se manifiesta en: a), el indicado creciente carácter destructivo de los moralmente irresponsables sensualistas progresos . medios de destrucción del hombre y de todos sus valores importantes; y b), con la transformación de las teorías básicas de la ciencia en una moralmente responsable dirección ideativa e idealista". Su visión pesimista y esperanzada a la vez para que no se repitan situaciones, la culmina con la motivadora expresión: "Cuál de estas alternativas vaya a tener realidad, no hay duda que dependerá de la actitud de todos y cada uno de nosotros".

Y esto nos motiva. Frente a la nueva crisis generada por la globalización financiera, que tanto criticamos y que nada tiene que ver con la actividad financiera necesaria para el desarrollo en cuanto unida a la actividad productiva, no podemos dejar de apuntar ciertas cuestiones específicas para el llamado "derecho concursal, de crisis o de insolvencia". Traemos alguna reflexión "Para el trialismo, que reconoce la misión esencial del jurista de repartir con justicia y le señala el deber de rechazar y sustituir las normas injustas, los dos enfoques sólo corresponde a momentos constitutivos diferentes de una misma actividad"²³. Se refiere a los enfoques de lege lata y de lege ferenda. Personalmente trabajamos sobre la lege lata, para en interpretaciones sistémicas, constructivistas, valoristas mirar la posible norma futura, para evitar los cambios históricos e incordinados, que justamente caracterizan la legislación concursal argentina.

"Hoy el desenvolvimiento de la Metodología Dikelógica es quizás el enfoque predominante en la consideración de la justicia . 3. Uno de los grandes desafíos del pensamiento jurídico de este tiempo es superar la "simplicidad pura", pretendida por Kelsen y sus continuadores, en una "complejidad pura", sin retroceder hacia las "complejidades impuras" jusnaturalista, sociologista, economicista, psicologista, lingüística, etcétera, que, con mayor o menor posibilidad de conciencia el maestro vienés procuró superar²⁴. Entre los esfuerzos para trascender ese reto se encuentra el integrativismo tridimensionalista de la teoría trialista del mundo jurídico que propone construir un

objeto jurídico compuesto de repartos de potencia o impotencia²⁵ (dimensión sociológica), captados normativamente (dimensión normológica) y valorados por un plexo axiológico que culmina en la justicia (dimensión dikelógica)"²⁶. Continuando el mismo Ciuro Caldani refiere al "valor justicia. proponemos adoptar la exigencia básica que como principio supremo de justicia objetivo, propuso Goldschmidt: adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, para personalizarse", para repetir la nota que agrega y que referimos a los problemas concursales "Según que el principio supremo sea más abstracto o concreto las posibilidades de acuerdo son mayores o menores, pero en el primer supuesto son mayores las posibilidades de acuerdos meramente aparentes", que es lo que no puede dejar de valorarse en los concursos desde la dimensión sociológica y axiológica.

Dentro de las clases de justicia y su proyección en lo material, Ciuro Caldani recuerda que "En lo privatista material el enfoque patrimonial, sobre todo cuando es contractual, es más fácilmente pensable según los senderos de la justicia "partial", sectorial, de aislamiento y particular clase ésta cuyas exigencias caracterizan el fin al Derecho Privado. . Es posible que en ellos impere también la justicia absoluta, pero el capitalismo se vale en gran medida de la justicia relativa para la fijación de los precios". "La forma ha de encararse según los caminos de mayor audiencia del proceso y la negociación o la menor audiencia de la mera imposición y la mera adhesión"-pág. 229-. Como vemos todo un desafío.

Es particular la situación, como se subraya "En los días del ocaso el sentimiento y la razón se hacen conflictivos y los fraccionamientos se desorientan, llegándose a la apología de la seguridad o de la inseguridad como si fueran valores en sí mismas"²⁷. Sostiene el mismo autor que citamos "La Axiología Dikelógica se basa en el principio supremo de justicia consistente en adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para que se convierta en persona, o sea para que desarrolle debidamente su modo de ser, todos los hombres estamos legitimados para elegir entre los restantes valores naturales y para fabricar valores mientras nuestras decisiones no sean conflictivas con la justicia y con los otros valores naturales", siguiendo luego "La Jurística Sociológica trialista parte de la diferenciación de los repartos, no son adjudicaciones de potencia e impotencia originadas por la conducta de seres humanos. La valoración de justicia en dimensión humana solo tiene sentido en el marco de las posibilidades abiertas por el libre albedrío supuesto por la idea de reparto. En cambio las distribuciones por sí mismas pertenecen al campo del azar y de la necesidad, de modo que sólo pueden ser tema de la justicia en la medida que se relacione con los repartos. La justicia en relación con los repartos forma cadenas de valoraciones relativamente inelásticas, en talo que la justicia referida a las distribuciones tiende a una mayor elasticidad. . El derecho privado es más afín con la justicia referida a los repartos. 13. Respecto a los objetos del reparto se distinguen la justicia de aislamiento y la justicia de participación. La primera de carácter excluyente es fundamento de las estructuras de estilo societario; la segunda de tipo abierto, identifica a las formas de alcance comunitario. 14. Con mira a la forma con que se lleva a identificar el reparto justo en relación a los demás se distinguen la justicia absoluta, que se limita a las cualidades y su tratamiento, y la justicia relativa, que exige una proporción con el tratamiento dado a otros casos. La autointegración del ordenamiento mediante la analogía se orienta a través de la justicia relativa, en tanto la autointegración con los principios generales del Derecho Positivo, y la heterointegración por recurso a la justicia material permiten el ingreso más directo en la justicia absoluta. La justicia de tipo absoluto es especialmente afín al mantenimiento de la distinción entre el Derecho Privado y el Derecho Público, en tanto que la justicia relativa por su mayor pluralidad de miembros se constituye en nexo entre ambos. 16. Las valoraciones de justicia producen en nosotros un sentimiento racional de evidencia. 17. Cuando un ciclo jurídico llega a su período de decadencia el reinado de los valores fabricados falsos se expresa -como decía Toynbee- en una combinación de valores incompatibles. Entonces las distribuciones ocupan el valor de los repartos y la idolatría del azar o de la necesidad, reverenciados en lugar de la justicia, se pago con la sensación de hallarse a la deriva. En los tiempos de decadencia los distintos caminos para profundizar en el conocimiento de la justicia de radicalizan y el relativismo intenta cubrir las brechas abiertas indebidamente entre las minorías dominantes y las masas o dentro de cada sector", culminando con las palabras con las que iniciamos esta larga

transcripción.

Con anterioridad Werner Goldschmidt, además de en sus libros, había iluminado la cuestión²⁸, reclamando en coincidencia con Alf Ross "Creo, por ello, que a fin de llevar a cabo un trabajo de valor en el campo de la filosofía jurídica es necesario que uno sea o filósofo o jurista, o mejor aún ambas cosas a la vez", siguiendo el primero "Ambos tipos de iusfilósofos deben comprender algo de derecho y de filosofía. Lo que importa es que la jurística requiere a un jurista comprometido -engagé-. El orden social, las normas y la justicia son (si es que son) tres objetos totalmente diversos. En este orden de ideas hay que concebir el mundo jurídico como tridimensional. Consiste en una dimensión social, el ordenamiento normativo referido a aquélla y la justicia que valora ambos. La dimensión social comprende la totalidad de las adjudicaciones de potencia e impotencia, sobre todo con respecto a hombres. Si las adjudicaciones se realizan por hombres, hablamos de repartos. Si en cambio ellas proceden de la suerte, el destino, la naturaleza o influencias difusas (entre las cuales puede haber actos humanos -como en los concursos agregamos-) nos encontramos con distribuciones. La jurística sociológica estudia esta dimensión social; no sería lícito confundirla con una sociología jurídica. El ordenamiento jurídico se compone de normas. Las normas hacen referencia de las adjudicaciones, el ordenamiento normativo, en cambio, el orden de adjudicaciones. Esa referencia es doble. Las normas describen e integran las adjudicaciones. La norma describe el contenido de la voluntad de los repartidores la cual se halla en el pasado, y predice el cumplimiento de la misma en los porvenir. . La justicia es un valor cuyo objeto de valoración es en primer término el orden de adjudicaciones y luego en segundo lugar el ordenamiento normativo referente a aquél. La ciencia de la justicia se llama dikelogía. Se puede, por consiguiente hablar de una jurística dikelógica; no sería lícito confundirla con la filosofía moral y las doctrinas que conciernen al derecho natural.- La unidad del mundo jurídico se garantiza pese la triplicidad de los métodos materiales a él referente, gracias a la concatenación de las dimensiones captadas por los sendos métodos. La justicia como valor requiere ineludiblemente un objeto de valoración; y este objeto de valoración es el orden de adjudicaciones descrito e integrado por el ordenamiento normativo.. Si se parte del orden de adjudicaciones, uno se da cuenta que el mismo es referido a la justicia, toda vez que las adjudicaciones son necesariamente justas o injustas, extendiéndose la jurística a las norma en cuanto describen e integran la realidad social. Si se inicia el análisis, por último, con el ordenamiento normativo, se llega, por un lado a la realidad social y, por el otro, a la justicia".

Introduciendo una inmediata referencia a la axiología propiciada a través del valor justicia, adviértase que normológicamente se prevén las adjudicaciones y se fijan los repartos ante la funcionalidad y crisis de organizaciones en su propia normativa, y al introducirse a través del derecho concursal cierto alejamiento del derecho público por las relaciones de participación que se generan en los concursos, que imponen referirse a la empresa y a su conservación, pero ello no puede llevar a distorsiones de injusticia de los repartos previstos generando "distribuciones" alejadas del valor justicia.

Trabajando en las expresiones precedentes podemos señalar que el sistema de organización asociativa ha tratado de preservar la justicia de los repartos, frente al realismo distributivo que se intenta imponer desde los concursos, pues "los repartos pueden ser autoritarios desenvueltos a través de la imposición y realizadores del valor poder, o autónomos desarrollados al hilo del acuerdo y satisfactorios de la cooperación"²⁹, que acaece dentro del derecho societario y conforme las normas imperativas de la estructura asociativa impuesta para el desarrollo y conservación de la empresa.

8. Es de público y notorio la injusticia en los repartos concursales.

El derecho concursal aparece como "un sistema de extinción de las obligaciones" ante la insolvencia del deudor común, donde deben tenerse presentes los costes de transacción entre la ejecución del patrimonio del deudor -cuyo valor es ignorado por los acreedores-, los costes de que ese patrimonio siga operando, y un acuerdo, frente a los que el procedimiento concursal "se utiliza como un medio de orillar los delitos de quiebra y otorgar al deudor un cierto monopolio natural", donde se produce un reparto siempre "desigual", que no se apoya "en el mito del reparto equitativo

de las pérdidas", y que "la función exclusiva del Derecho concursal ha de consistir en maximizar el valor del patrimonio del deudor, asignándole al uso que mayor utilidad reporte, bien sea liquidándolo, bien se manteniéndolo operativo ." y "como la insolvencia es previsible y la información al respecto está irregularmente distribuida, el Derecho concursal debe imputar los costos de la insolvencia de un modo que impida que esa irregularidad afecte a la función principal enunciada" 30.

Ante ese panorama y función, es de público y notorio la planificación de la insolvencia por los administradores-socios de una sociedad insolvente³¹, y la "práctica" concursal en torno a la renuncia al privilegio "producida" por el adquirente de un crédito hipotecario, lo que constituye un tema opinable y que se vincula a si el acreedor se limita a ello, o intenta incidir en la gestación de un acuerdo concursal, lo que como acto colegial colectivo impone algunas consideraciones

Muy preocupados por las prácticas espurias escribimos en un libro colectivo sobre las propuestas abusivas y las cuestiones conexas vinculadas a la "compra" o "acomodo" del voto, desde el obligado pago de las obligaciones con garantía reales, particularmente las hipotecarias, realizadas por un tercero, y la renuncia al privilegio y prácticamente al crédito al votar propuestas predatorias³².

Se trata de un problema de responsabilidad social o colectiva empresarial³³, protegiendo a la propia empresa, las demás empresas que están en el mercado, sean de la competencia o vinculadas por contratos de provisión o subprovisión. La actuación predatoria en insolvencia recuerda que "La dinámica e inventiva empresaria en permanente desarrollo obstaculiza -como contratendencia- mediante la generación de nuevas formulaciones cada vez más complejas y sofisticadas, cualquier mejora que se produzca en función de la protección efectiva de quienes se encuentran en una situación de poder desigual en el mercado. De forma tal que, creemos, resulta necesario comenzar con la búsqueda de alternativas jurídicas que otorguen y garanticen mayor seguridad al conjunto social"³⁴. ¿Ello impone una reforma normativa?

Fundamentalmente se requiere una reforma en la forma de pensar o concebir al sistema jurídico³⁵, y particularmente el concursal. "No basta con un equilibrio formal de intereses, que exclusivamente atienda a la relación jurídica considerada aisladamente como pretende el constructivismo jurídico, sino de lo que se trata es de hallar una distribución o regulación más equilibrada de los derechos y obligaciones, para alcanzar una relación jurídica más justa y equitativa"³⁶. En eso estamos.

Concluimos con palabras de Paulo Freire en "El grito manso" : "... la realidad no es así, la realidad esta así. Y está así no porque ella quiera. Ninguna realidad es dueña de sí misma. .. nuestra lucha es por cambiarla y no acomodarnos a ella..."

III - HIPÓTESIS.

Hasta aquí algunas divagaciones sobre la axiología, aproximándonos al corazón del Derecho Concursal.

El valor (principios, estándares, bienes, objetivos, reglas con exigencia de justicia, equidad) a proteger a través del sistema jurídico de crisis económico-financiera no es el patrimonio para su valor de reparto (o adjudicación) sino evitar la disociación del mismo en cuanto conjunto de bienes organizados para el cumplimiento de un objeto -causa del negocio de organización-.

"El principio de conservación de la empresa como razón de orden social y en especial en lo atinente al mantenimiento de las fuentes de trabajo y de riqueza, constituye un presupuesto insoslayable en una interpretación finalista de la ley. Dicho de otro modo, sin actividad o -cuanto menos- potencial efectivo y evidente para el giro, no habría empresa que tutelar, ni fuente de trabajo que conservar". Esta frase de Lidia Vaiser ilumina la cuestión.

Esta referencia a la empresa acota también la reflexión en torno a concursos de sociedades que desenvuelven un objeto social como empresa, sumado a concursos de organizaciones con actividades que se entienda conveniente conservar -entidades deportivas, sociales y/o comunicacionales), con clara distinción de otro grupo de concursos de consumidores donde el

principal objetivo es liberar un patrimonio ínfimo de las consecuencias de un endeudamiento inapropiado.

Centraremos nuestra atención únicamente en el primer grupo, atento justamente a la preclara prevención de Vaiser.

Si el objetivo es evitar la disociación del patrimonio eliminando el estado de cesación de pagos, la hipótesis que podríamos arriesgar es que la "axiología" del sistema sería asegurar el mantenimiento de la eficiencia de la actividad empresarial, evitando la disgregación del patrimonio, asegurando su consistencia para el cumplimiento del objeto -causa de constitución- de la organización empresarial o a proteger. Y deberíamos apuntar que ello debería acaecer desde el nacimiento de ese patrimonio afectado y durante toda la funcionalidad de la "empresa".

IV - BIEN JURIDICO DEL SISTEMA CONCURSAL.

Avancemos reconociendo el terreno normológico dentro del sistema concursal.

Recordemos que "Valor", en su acepción filosófica, es "Calidad que revisten algunas realidades, consideradas bienes, por lo cual son estimables. Los valores tienen polaridad por lo que son

estimables. Los valores tienen polaridad por lo que son positivos o negativos, y jerarquía en cuanto son superiores o inferiores".

1. Resulta así fundamental para el análisis de un sistema normativo esclarecer cual es el bien jurídico que el ordenamiento intenta tutelar, tratando de corroborar las hipótesis. En función de ese estudio se podrá ahondar en la interpretación de las normas, buscando su coherencia, o propugnar el perfeccionamiento del sistema si el legislador no logró, mediante la norma positiva, alcanzar una real protección del bien jurídico.

En materia concursal no sólo se discute si el ordenamiento es de carácter sustancial o procesal³⁷ sino también cual es el bien jurídico que la legislación intenta proteger³⁸. Y serán muy distintas las tutelas en orden a que se haya protegido la simple integración patrimonial, o la paridad de los acreedores, o el interés social, o la conservación de la empresa³⁹, o una diversa combinación de aquellos. Quizá la discrepancia o confusión radica en la observación de distintos ordenamientos jurídicos o en la realidad tan cambiante en materia económica⁴⁰.

2. La organización de la comunidad impone el ordenamiento jurídico que, por ello mismo no debe ser caprichoso sino que implica que el legislador al ordenar un sistema normativo lo haga en función de proteger determinados valores caros a esa sociedad, cumpliendo con una necesidad de bien común⁴¹.

Si bien los filósofos desde siempre han tratado las estructuras formales y los contenidos de los valores, recién en el curso del siglo anterior y comienzos del presente se desarrolló como disciplina jurídica la "teoría de los valores"⁴², como hemos relatado. Por eso en muchos casos encontramos como equivalentes a la expresión "valores" la denominación "bienes" o "fines". Bien es la cosa concreta estimada o estimable, y valor la calidad abstracta que la hace estimable o estimada a la cosa. El valor no es distinto al bien, es su propiedad, es algo del ser que sólo tiene realidad en el ser (o bien). Por tales razones y por simplificación, usaremos equivalentemente las locuciones valor, bien o fines.

3. Con esta introducción corresponde proceder a determinar cual ha sido el bien jurídico tutelado, el valor protegido, la causa fin, la finalidad económico social perseguida por el legislador en materia concursal.

El presupuesto sustancial incuestionado para la apertura de concursos es la cesación de pagos. En nuestro sistema ha sido recibida plenamente la tesis de Bonelli, quién considera que dicho estado se manifiesta por cualquier acto o hecho que lleve certeza de tal situación⁴³. Este hecho objetivo puede ser nominado de otras formas: estado de insolvencia, cesación de pagar, sobreseer o suspender los pagos, "insolvenza", "oberschuldung"⁴⁴. Se trata en definitiva de describir un estado

de impotencia patrimonial para atender las deudas exigibles con los bienes normalmente realizables.

La empresa, el cumplimiento del objeto, es inviable por la insolvencia, conservarla es eliminar la insolvencia, hacer viable la empresa.

Estamos mostrando desequilibrios. ¿Donde están los equilibrios? La disociación entre derechos y obligaciones en un patrimonio es el aspecto a afrontar. Ante ello cesa la aplicación del derecho común, los acreedores son despojados de los derechos que la ley les acuerda y sometidos a una "asistencia, participación, colaboración" en un juicio concursal, donde deben ser reconocidos frente a los restantes acreedores y someterse a reglas especiales. Debe apuntarse que esa alteración del derecho común se limita a lo que expresamente el derecho de excepción impone, manteniéndose las reglas constitucionales, civiles, comerciales y de las personas jurídicas concursadas en todo lo que no sea expresamente alterado.

Y vienen las preguntas en busca de afirmar o desalentar la hipótesis: ¿se impone la concurrencia o concurso para evitar que los acreedores actúen desorganizadamente? ¿Se impone para proteger al patrimonio deudor en sí mismo? ¿Se impone para asegurar algo dentro de ese patrimonio? ¿Esa conservación es un valor realizable exclusivamente a través del derecho concursal? Sobre ello volveremos.

Todo el sistema general del cumplimiento de las prestaciones derivadas de los repartos determinados por los negocios jurídicos, aparece convulsionado por el estado de cesación de pagos de una persona, como centro de un haz de derechos y deberes subjetivos. La importancia de la presencia de esa persona y de ese haz de relaciones en el campo jurídico-económico es la que generará mayor o menor desequilibrio en el sistema. Quizá la menor importancia de las prestaciones a cumplir por algunas personas permite que el sistema jurídico tradicional asegure el equilibrio o la estabilización de los desequilibrios producidos por ese sistema tradicional de hacer justicia, y el estado de cesación de pagos de esas personas no genere un impacto general en la sociedad que afecte algún valor sustancial, que imponga al Estado una presencia a través de una legislación específica que imponga distribuciones imperativas, cual la legislación concursal.

Es la magnitud del desequilibrio que se produce en el sistema jurídico económico tradicional por el estado de cesación de pagos de determinadas personas, lo que impone la necesidad de una legislación especial, apartándose de la justicia conmutativa del derecho común, generando un conjunto de normas que subordinan principios de derecho procesal y sustancial común en aras del interés general en preservar las relaciones generales ante el estado de cesación de pagos.

El impacto que el incumplimiento de los repartos determinados en los negocios jurídicos emanados del derecho privado genera en una determinada sociedad, cuando esos incumplimientos son de carácter masivo y a cargo de una persona, imponen medidas particulares, prácticamente de derecho público. Estas situaciones conmocionan al valor justicia y equidad en relación a la comunidad de los acreedores. El sistema jurídico tradicional permitirá que alguno satisfaga su acreencia, más no todos, lo que genera un conflicto entre todos quienes requieran cumplimiento de prestaciones de la persona en estado de insolvencia, dismantelará la actividad de quién no puede pagar aunque quiera pagar, o que no pueda pagar a todos aunque no desconozca sus obligaciones ni sus incumplimientos.

Un nuevo reparto impuesto por el derecho público, un nuevo sistema de distribución con participación colectiva de todos los interesados es impuesto por el Estado, ante situaciones particulares generadas por convenios privados o incumplimiento de contribuciones legales, pero como actuación de derecho público ante situaciones impensadas por las partes, para preservar la justicia de los repartos. Un nuevo concepto distributivo con intervención colectiva de todos los interesados en el ámbito privatístico es impuesto por el Estado con una actividad de derecho público minimizada.

4. Metodológicamente es difícil encontrar en forma directa el valor protegido por la legislación concursal, pues no hay duda que -como en todo ordenamiento jurídico- genéricamente se aplica el valor justicia, seguridad, equidad, utilidad. Ante tal constatación y lo indicado precedentemente,

debe recurrirse al principio de polaridad como característica fundamental de los valores⁴⁵. Así aparece como disvalor "La cesación de pagos", como situación irregular no querida por la sociedad, y por tanto asumido por la actividad del legislador para darle solución para evitar esa .. quiebra del principio del bien común económico, desnaturalizando también aquel otro de la actividad económica productiva"⁴⁶

Podemos anticipar que eliminar el estado de cesación de pagos resulta el bien jurídico tutelado⁴⁷. No es función del legislador enunciar el bien jurídico tutelado, sino imponer una serie de principios generales, rectores, normativos, en los que ha tenido en cuenta o insertado su finalidad, el respeto de un valor o la eliminación de un disvalor.

El legislador argentino reconoció esos principios en la Exposición de Motivos de la anterior ley 19551⁴⁸ e impone normas tendientes a asegurar la consecución de los mismos. A través de esa finalidad se tutela un bien jurídico, tratando de eliminar el disvalor. "Detectado ese disvalor, la ley procura realizar el valor jurídico de la justicia distributiva, que pondera por encima de la simple protección adecuada del crédito y no se satisface sola con ello, orientada al restablecimiento de actividades económicas útiles⁴⁹ sin que ello implique proteger al empresario, pues la actividad productiva libre del estado de cesación de pagos puede continuar bajo la propiedad o dirección de un tercero.

5. Ese bien jurídico tutelado que acabamos de enunciar: la eliminación del disvalor de la cesación de pagos, obliga a hacer un reconocimiento sobre su naturaleza. Entendemos que representa un bien común económico, valor en el que se conjugan los de justicia, orden y seguridad jurídica⁵⁰.

Los valores justicia, orden, equidad, seguridad y bien común no presentan antinomia, sino que se interrelacionan en armonía, permitiendo superar cualquier análisis sobre la validez individual de alguno de ellos⁵¹.

Prima el valor justicia, y dentro de la axiología del derecho concursal evitar operar a sabiendas en perjuicio de los demás. El valor justicia tiende a asegurar los repartos de las pérdidas o cargas, evitando violar los principios o valores de justicia y equidad.

6. La justicia que requiere la problemática concursal no es del tipo conmutativo, sino del tipo integrativo o distributivo típico de la justicia llamada social o del bien común. La igualdad no es de cantidad, sino de proporción o mejor aún de conjunción. Ante la dificultad de efectivizar los repartos determinados se procede a una distribución aplicando principios de derecho público.

La justicia es propia de todas las virtudes en cuanto ordena al hombre al bien, pero no sólo en relación a otro sujeto sino al bien común, como carácter social o de convivir en sociedad. La Justicia es la virtud general. A la ley concursal interesa, sin perder de vista esta virtud general o principio de justicia, restablecer el orden económico, la actividad económica de la empresa libre del disvalor, del estado de insolvencia o hacer cesar toda actividad empresaria cuando no se la pueda liberar de aquel disvalor. Se trata en sí de restablecer el desequilibrio de los repartos por medio de un nuevo sistema de distribución.

El derecho concursal se aparta de los derechos que por otros derechos corresponden: el acreedor deja de tener su derecho sobre los bienes ya aprehendidos, el adquirente ve inoponible su derecho de propiedad frente a los acreedores concurrentes. La ley concursal enfrenta un haz de derechos y repartos conmutativos enfrentados en relación al deudor común, y con principios de justicia distributivo debe interferir en el orden común formalizando adecuadamente los repartos frente al estado de cesación de pagos del deudor común. La ley concursal interfiere en los repartos iniciados por el derecho común frente al disvalor de la insolvencia y mientras ésta exista. Desaparecido el estado de cesación de pagos cesan los efectos particulares del sistema concursal.

Corresponde aclarar que no entendemos al derecho concursal como un derecho especial o de excepción. El derecho concursal jamás se aplica como excepción frente al derecho común, sino que producido el estado de excepción que llevó al legislador al dictado de las normas concursales, constatado judicialmente ese estado de excepción de cesación de pagos, el derecho concursal pasa a

aplicarse como derecho común, y el ordenamiento general sólo se aplicará cuando este ordenamiento común concursal así lo disponga o cuando sean las normas compatibles.

La ley concursal, al intentar restablecer el orden de los repartos, no mira el beneficio de los acreedores, ni de éstos en común, ni los del deudor, sino los de la sociedad toda en la que se encuentra inserta la actividad afectada de] disvalor, a la que intentará liberar de ese estado o procederá a hacerla cesar.

El ordenamiento concursal, como por el principio del bien común el Estado puede imponer contribuciones, impone determinadas cargas para hacer valer los derechos, distintos al del derecho común. Así la forma única, típica y necesaria de insinuarse dentro del pasivo del concurso, con .expresión de la causa de su acreencia, causa de adquisición de los títulos valores circulatorios⁵², condicionando también el ejercicio y límite de esos derechos por medio de los llamados acuerdos concursales, determinando el reparto que le corresponde a cada uno de los concurrentes atendiendo al bien común y a principios distintos al del derecho común, modificando incluso el sistema de privilegios, y determinando formas de distribución particulares.

Frente a este análisis, parecería que la dificultad restante estriba en determinar cuál es la naturaleza del bien común o causa fin del legislador que determina esos principios concursales. ¿Será una forma de reinserción del mundo económico en el mundo moral? Esto aparecería como probable en un mundo donde los valores económicos parecen tener mayor importancia que los morales, no obstante lo cual no creemos tal intención en la ley concursal. En cambio parece atendible entrever el intento de reinsertar el individualismo económico, sea del deudor o de sus acreedores, en una dirección de interés común: mantener o depurar la actividad económica de elementos impuros, cual es el estado de cesación de pagos. Se trata de restaurar al más breve plazo la aplicabilidad de la normativa conmutativa, de la libertad económica y de la autonomía de la voluntad.

Insistimos que en el derecho concursal no es aplicable la justicia conmutativa o justicia de equivalencia de las prestaciones, de tipo privatístico, pues el interés superior de la sociedad se encuentra en juego. Al no poder resolver las partes individualmente el estado de cesación de pagos, pernicioso para la sociedad en la que se insertan las relaciones jurídico- económicas, por el principio de subsidiariedad, el Estado incorpora un sistema procesal publicístico, con normas sustantivas dirigidas al bien común, y ese bien común es mantener en lo posible la actividad económica productiva, eliminando la insolvencia e inclusive apartando al mismo empresario de la actividad productiva, sea de la propiedad por medio de la forma liquidatoria del art. 198 LC o acuerdos concursales, o de la dirección conforme acuerdos concursales o actividad de los funcionarios del concurso.

Bien común es la confluencia o integración de intereses en los concursos. Las normas en general tutelan el bien común pero con carácter conmutativo, en el derecho concursal hay convergencia, de carácter distributivo en búsqueda del bien común. Búsqueda que se formaliza por múltiples medios que otorga la ley para superar el estado de cesación de pagos en la actividad productiva.

7. Se remarca ese principio de justicia asegurando la integración patrimonial, disponiendo la inoponibilidad a los acreedores de determinados actos válidos finiquitados entre el concursado y terceros. Esa ineficacia frente a la validez del acto se encuentra imbuido en el valor justicia con respecto del bien común de todos los concurrentes frente al tercero.

Este valor justicia, no obstante, no puede realizarse sin un orden. El orden no es un valor en si mismo, pero resulta indispensable para garantizar la justicia, la paz, la seguridad, la libertad y el bien común perseguido. El orden aparece así como un principio primario sobre el que se asentarán otros valores, sobre el que convergerán para construir un sistema. Generar una organización de la sociedad sobre ciertas bases con el fin de asegurar la subsistencia del grupo, realizar la empresa de una civilización y también en vista a obtener, por equilibrios apropiados, el movimiento lento y uniforme del conjunto de situaciones y relaciones sociales⁵³, aparece como una misión esencial. El orden presupone la libertad y justicia dentro de las cuales la sociedad se desarrolla, y en cuyo seno y en su beneficio se generan organizaciones de bienes y servicios productivos.

El orden jurídico es la unidad de los derechos de la personalidad y de las exigencias de la vida social⁵⁴.

La paz converge y se asienta con los valores justicia y orden, y es una consecuencia de la existencia de estos. No hay paz en un orden injusto, donde aunque se aparte del sistema conmutativo no existan determinadas garantías en la distribución de los repartos.

8. La seguridad deriva del orden. Ambos son presupuestos de la justicia. La seguridad en sentido objetivo se traduce en la existencia de un ordenamiento jurídico y en su mantenimiento y desarrollo. Las relaciones persona-persona, persona-sociedad, con la autoridad, recíprocamente debe cimentarse sobre un claro fundamento jurídico y estar protegido, si hay necesidad por la autoridad judicial, lo que supone la existencia de un ordenamiento normativo determinado y de un tribunal que lo aplique. Estos resguardos orden y seguridad están garantizados por el sistema, procesal publicístico desenvuelto por la ley concursal.

Pero los fines del derecho están englobados en la noción más amplia del bien común. La finalidad es un hecho universal en el movimiento ordenado del universo, pero sólo el hombre obra por un fin, por el conocimiento cognoscitivo e intención del bien, como producto de su inteligencia, que es la causa final de su obrar. Corresponde esa actitud finalista a una inclinación social del hombre, a una potencia del mismo que se actualiza gradual y permanentemente. Todas las sociedades, como los individuos que la integran, buscan su bien común, como causa final o primer principio impulsor⁵⁵.

Ese bien común social, de carácter temporal, objeto del derecho como finalidad del mismo, representa el compuesto de presupuestos sociales necesarios para que los individuos, los grupos y las sociedades alcancen sus finalidades existenciales y logren su pleno desarrollo, integrados en las comunidades mayores, como partes de un todo⁵⁶.

Este enfoque representa una justicia de proporciones, frente a una justicia conmutativa propia de las relaciones simplemente bilaterales, pues vincula el bien particular con los otros bienes particulares, y los bienes particulares con el bien común, según un reparto de proporciones, en análisis de las diversas relaciones afectadas. No se trata de sacrificar a nadie sino de buscar la ubicación de los derechos de cada uno en el todo. Ese es un fin en sí mismo de un procedimiento de tipo universal cual el concursal. El bien común aparece como superior al bien privado. Lo que pertenece a una sola persona es poca cosa en comparación a lo que conviene al grupo humano en el que se integra esa persona al convivir en sociedad.

9. Dentro del bien común, dentro del derecho positivo o del bien común temporal, el bien común económico y todo lo relacionado a la productividad, distribución y consumo de bienes, con una más justa distribución, se puede identificar como un valor. Dentro de nuestra sociedad, el mantenimiento de la fuente de trabajo, de lo que crea riqueza distribuable, de lo que genera bienes y servicios, aparecen como un bien común económico apreciable, tutelable como finalidad del legislador⁵⁷.

Reconstruir y mantener consolidado un patrimonio es una forma de eliminar la insolvencia que recaía sobre un patrimonio al que se habían excluido o sustraído determinados bienes. Eliminar créditos ilegales tiene la misma finalidad, evitando que incidan sobre la incapacidad financiera del patrimonio.

La formulación de los acuerdos y la decisión sobre su homologación debe construirse sobre la posibilidad, cierta de la eliminación del estado de cesación de pagos. Cuando no es superable esta situación económica, se tiende a eliminarla en relación a la empresa⁵⁸, liquidándola, en funcionamiento pero libre del estado cesación de pagos que recaerá sobre el patrimonio que queda como prenda común de los acreedores constituido por el precio de venta y otros bienes del concursado. El fin de la ley está concluido: se ha liberado del estado de insolvencia a los fondos productivos. La confianza del crédito queda restituida.

Devolver la potencialidad productiva puede aparecer como un bien común. Eliminar los factores que impiden que se generen bienes, se multipliquen las relaciones jurídicas de contenido económico

conforme el efecto multiplicador de las mismas, esparciendo riqueza y libre de los riesgos de incumplimiento, resulta tutelable. Esto aparece compuesto por el proceso concursal] conforme los efectos de su apertura, por las posibilidades de concertación y colaboración con los acreedores a través del acuerdo, o con la continuación de la empresa, o con el avenimiento, o con la liquidación de la empresa, libre del estado de cesación de pagos y del empresario que generó y no pudo resolver ese estado de cosas.

Pero si el procedimiento concursal no logra mantener la actividad económica libre del disvalor de la cesación de pagos, hace cesar la actividad económica y por ende los riesgos de la insolvencia para el futuro. Interesa la actividad empresarial, pero más que ello evitar actividad económica en cesación de pagos por el efecto que ello produce con carácter multiplicador en las relaciones jurídico-económicas, pérdida de la seguridad y alteración de la justicia conmutativa cada vez más difícil de restablecer frente a la perdurabilidad en la sociedad de una empresa en estado de insolvencia.

Podríamos reconocer y analizar, con esta dirección finalística del bien común económico, la totalidad de las normas e institutos creados por la ley concursal como ley común cuando se reconoce judicialmente el estado de cesación de pagos. En esa eliminación del disvalor, permitiendo la continuidad o asegurando la cesación de la actividad económica, se enrolan el grueso de sus normas en forma fácilmente identificable.

La revocatoria concursal o sistema de inoponibilidad, la suspensión de actos de ejecución forzada o de acciones de contenido patrimonial, de intereses, la facultad del síndico respecto a la resolución o cumplimiento de contratos y las formas de liquidación configuran un todo sistemático e integrado con la finalidad expresada. El llamado derecho de excepción interfiere en el derecho común y lo sustituye como tal cuando se reconoce el disvalor de la cesación de pagos, orientándose a restablecer el bien común económico alterado.

10. Determinar los valores y bienes jurídicos tutelados por una norma es obra de tiempos y doctrina, el legislador se limita a enfrentar su realidad social y económica, en forma sistemática que dan coherencia y permanencia a las normas.

A esa inclinación social del hombre que, a través del conocimiento cognoscitivo e intención del bien como producto de su inteligencia -que hemos reconocido precedentemente- importa una actualización gradual y permanente de la ciencia jurídica, no sólo a través del ordenamiento normativo sino de la doctrina judicial y científica, compromete el aseguramiento constante de aquellos fines. Compromete esa característica a revisar constantemente los medios de aseguramientos de los bienes jurídicos tutelados, revisar si debe anticiparse la actuación concursal ante el fantasma de la cesación de pagos, si deben mantenerse excluidos los acreedores beneficiados con derechos reales de garantía, si la inoponibilidad de actos no debe anticiparse en los trámites concursales, como tantas otras situaciones advertibles con posterioridad a la sanción de nuestra actual ley concursal que, indudablemente, es respuesta a esa actualización permanente de la sociedad, pero cuyo análisis escapa al tema central de esta nota, cuyo objetivo es contribuir a esa actualización en la búsqueda de principios orientadores uniformes, necesarios para la interpretación integral del sistema concursal.

En materia concursal la axiología recupera aspectos de valores económicos, sin dejar los éticos. El antivalor es excluir del mercado los estados de cesación de pagos, sin excluir a la empresa viable. Esto aparece como apreciación axiológica del rol de un derecho de crisis.

"Todo orden de repartos constituye un régimen. Ya vimos oportunamente que en la constitución del régimen intervienen ciertos valores y que son: el poder (básico del reparto autoritario), la cooperación (fundamental del reparto autónomo), la previsibilidad (inherente al plan de gobierno) y la solidaridad (subyacente en la concatenación de los repartos como modelos y seguimientos). Pero todo orden de repartos, considerado en su totalidad, realiza aún otro valor que es precisamente el valor del orden que produce siempre una pacificación. En efecto, si bien el orden como tal no es capaz de dar lugar a la auténtica paz, a cuyo fin sería necesario que el orden fuese justo -paz, según las palabras de San Agustín, es el orden en la justicia-, no lo es menos que

cualquier orden, por muy injusto que parezca, por el mero hecho de ser orden, pacífica. Lo que no se debe olvidar es que si la injusticia del régimen rebasa ciertos límites mínimos, no resulta ya posible ni siquiera preservar el orden, y todo el régimen viene abajo. Todos los valores inherentes al régimen son naturales y relativos (Puede haber ciertas dudas respecto a la previsibilidad. La policía es "la fuerza del orden", pero no necesariamente la de la justicia). Por ser relativos, su intensificación implica peligros". (Goldschmidt, Werner págs. 96/7).

Ciuro Caldani expresa "En los días del ocaso el sentimiento y la razón se hacen conflictivos y los fraccionamientos se desorientan, llegándose a la apología de la seguridad o de la inseguridad como si fueran valores en si mismas. El valor de las teorías jurídicas está en relación directa con las posibilidades que brindan para la realización de la justicia. Superando a las doctrinas imperativistas y coactivistas, que se ciñen a la vertiente extraconsensual; al anarquismo, que se limita al cauce consensual; al organicismo que se enmarca excesivamente en la realización gubernativa y al pactismo que se limita al cauce "partial", el trialismo da amplias posibilidades a todas las clases de justicia. A diferencia de los unidimensionalismos sociológico y nomológico, que exageran la importancia de los valores naturales relativos convirtiéndolos en valores falsos y del unidimensionalismo dikelógico, que al desbordar las posibilidades de la justicia la transforma en otro favor falso, el trialismo brinda su debida ubicación a la justicia y a los restantes valores del mundo jurídico, sean éstos naturales relativos o fabricados" (Perspectiva trialista de la axiología dikelógica El Derecho 8 de febrero de 1980)

"Que el jurista cuente en nuestro tiempo con los elementos teóricos que hagan posible la ubicación autónoma del problema epistemológico del derecho, es una contribución definitiva de la teoría pura y de su descubrimiento de la peculiaridad de la inmutación y de la lógica especial del deber ser. La gran importancia de la teoría pura no estriba en el hecho de haber creado una nueva ciencia jurídica echando por la borda todo el ilustre pasado de la jurisprudencia, sino en la explicitación de la tarea cumplida por el jurista. El significado del "¡eureka!" kelseniano consiste precisamente en eso, en la búsqueda de una solución doméstica, en la dignificación científica del procedimiento peculiar del jurista, purificándolo con la sutileza de una lógica rigurosa. Por eso el jurista en la actualidad, liberado del sociologismo, encuentra en la teoría pura su propio habitat teórico." MACHADO NETO, Antonio Luis Teoría pura y teoría general del derecho. Actualidad de una polémica, La Ley 15 de agosto de 1968).

Claro que esta constatación sobre el valor, objetivo, o bien jurídico protegido por el sistema concursal y las referencias a la necesidad de actuar anticipatoriamente para que el antivalor genere efectos destructivos, conlleva una pregunta: ¿existe otro sistema anticipatorio? En una cuestión y pregunta clave sobre la que expresaremos nuestra opinión.

V - CONSERVACION DE EMPRESA Y CONCURSO⁵⁹.

Eliminar el antivalor estado de cesación de pagos o de crisis de un patrimonio organizado, aparece así como la axiología del derecho de crisis. Ello es equivalente y congruente con la expresión "conservación de la empresa", o con la continuidad normal del desenvolvimiento de la funcionalidad operativa de un ente organizado.

O sea que la construcción dogmática puede entenderse coincidencia con la determinación normológica sobre los objetivos del derecho concursal. Aparece así la "axiología" desde dos vertientes: una normológica, cuando una ley determinada, como previsión del legislador, registra los principios u objetivos que deben guiar. Y por otra parte, en relación a las legislaciones que no son así explícitas, el antivalor de la constatación de la crisis -en sus diversas intensidades- que afecta a un patrimonio, justifican o autorizan la aplicación de las normas de excepción para intentar devolver a ese patrimonio la calidad necesaria para el desenvolvimiento de la empresa, su viabilidad, su funcionalidad constitutiva.

Representando correctamente esa problemática de los intereses vinculados en la conservación de la empresa, la ley de concursos mercantiles de México -publicada en Diario Oficial el 12 de mayo de 2000-, determina en su art. 1º que "Es de interés público conservar las empresas y evitar

que el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago ponga en riesgo la viabilidad de las mismas y de las demás con las que mantenga una relación de negociación". Marca dos etapas la de conciliación y la de quiebra. El art. 3º reitera ese fin señalando que "La finalidad de la conciliación es lograr la conservación de la empresa del Comerciante mediante el convenio que suscriba con sus Acreedores Reconocidos.", y conforme al art. 4º inc. 1º se entenderá por "Acreedores reconocidos, a aquéllos que adquieran tal carácter por virtud de la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos". Este es un tema muy importante pues importa una cuestión de legitimación substancial y procesal, que regla las relaciones entre los acreedores convocados y concurrentes a este proceso de reorganización. En el derecho portugués de la última década señala la Ordenanza respectiva en el párrafo primero: "el procedimiento de insolvencia tiene por finalidad satisfacer colectivamente a los acreedores del deudor mediante la realización de su patrimonio y la distribución del producto resultante, o mediante un plan de insolvencia en el que se contenga una reglamentación diferencia especialmente dirigida a la conservación de la empresa".

La "conservación de la empresa" aparece así como declaración de interés público, y objetivo normativo-legislativo. Más limitadamente la ley colombiana se expresa en torno a la "dirección general definida para el manejo y destinación de los activos, con miras a lograr propósitos de pago y de reactividad empresarial".

Nos preocupa -como venimos desarrollando- la comprensión de la expresión "conservación de la empresa", usado latamente particularmente por alguna doctrina concursalista⁶⁰, y recogida sin mayores explicaciones -o peor aún justificación para el caso concreto- por la jurisprudencia.

Conservar la empresa no es lo mismo que reactivarla. Un objetivo central debe ser "conservarla", evitar que caiga en crisis. La crisis es un disvalor, que puede generar daños y si hay daños pueden existir responsables. Reactivar la empresa en crisis aparece un imperativo del derecho concursal. Al no haber podido conservar la empresa eficiente, al no haber podido superar la crisis por los medios normales al alcance de toda organización, debe intentarse la reactivación que aparece como un imperativo de la legislación concursal. Y diferencia entre conservación y reactivación parece justificar la apertura de procedimientos de crisis ante la mera avizoración de la crisis, conservando así la empresa y no meramente reactivándola.

Para que la conservación de la empresa represente un verdadero principio debe tenerse presente el complejo de intereses que concurren en su mantenimiento, que no son ya los mismos que generaron su advenimiento -limitados a la decisión empresarial que generó el aporte patrimonial para su fundación-. Se trata de los "intereses diversamente vinculados" a través de la conservación de la empresa: de los trabajadores, los proveedores, los clientes, la comunidad nacional, el mercado en su conjunto y el estado. Es que "Los intereses mencionados gradúan, en mayor o menor medida, según el caso el giro y el contenido de las modernas legislaciones concursales"⁶¹.

"Conservación" como principio axiológico o normativo resulta un imperativo impersonal. Es fundamental atribuir una "acción", la que por tanto debe ser "conservar" la empresa. Luego atribuir el deber, obligación o función. Esa atribución recae indubitablemente en el legitimado para operar ese patrimonio, su propietario o su administrador. O sea que el titular de la propiedad o administración de los bienes, no sólo tiene derecho sobre los mismos, sino que tiene deberes en función de los intereses en juego y de la axiología generada. Debe conservar la empresa. Así como existe autonomía de la voluntad para generar patrimonios auto o heterogestantes, fijando la causa de esa gestación en el cumplimiento de un objeto u empresa, aportando los bienes para asegurar la eficiencia del nuevo centro de imputación, esos gestantes o las personas a quienes delegaron la conducción y administración "deben" conservar la empresa.

Es fundamental esta visión personalizada del deber de "conservar" la empresa, pues ello impone asumir la crisis tempestivamente, por los medios previstos en la legislación específica de ese centro imputativo (sociedad, asociación, fundación, fideicomiso.) y eventualmente a través del sistema concursal.

La lectura de la legislación concursal colombiana nos da pistas universales. Normalmente dentro de un patrimonio que actúa en el mercado existe una organización: una empresa, gran empresa, pequeña empresa o microempresa.

Referirse a "conservación" es impersonal y genera una suerte de dilución de roles. La empresa esta vinculada a sujetos, pues es actividad generada y organizada por alguien, y por tanto les imponen la acción de conservar los medios, evaluando continuamente su posibilidad, para mantener la empresa viable. Conlleva el deber de asegurar su funcionalidad. Como deber frente a los intereses concurrentes. Aún en la idea primaria que el patrimonio gestado es la prenda común de los acreedores, patrimonio que tuvieron en cuenta al contratar.

Esta visión implica claramente poner acciones y deberes en los propietarios o en los administradores de la sociedad o ente, que actuando como "buenos hombres de negocios" deben adoptar las acciones para mantener viable la empresa -para que sea tal-, alejándose de actitudes omisivas frente a la crisis. Acciones u omisiones pueden derivar en responsabilidad, tema ajeno a este ensayo.

En el derecho argentino se ha potenciado que las situaciones sean irreversibles, pese a facilitar herramientas al administrador societario a través del acuerdo preventivo extrajudicial⁶², generándose la idea de que los administradores societarios pueden continuar ininterrumpidamente la actividad de la sociedad pese a estar en insolvencia, sin planificación coherente, tratando de obtener más créditos o reciclar el existente, con la misma modalidad que los administradores públicos argentinos afrontaron la deuda externa en la década pasada.

Hay que poner en claro que se quiere proteger, si a la empresa en general, la seguridad jurídica, a los administradores o únicamente a la empresa en problemas.

Se trata, a la postre de situaciones de desequilibrio que ponen en peligro la supervivencia de una organización⁶³, de una sociedad. Desequilibrios transitorios que pueden llegar a la permanencia del estado patrimonial.

Nos permitimos apuntar que esos estados de "cesación de pagos" siempre son reversibles dentro del propio sistema societario, llevando a preguntarse si puede presentarse en concurso judicial o extrajudicial una sociedad dentro de la cual los administradores o los socios no han intentado esos remedios para superar la crisis, como exige previamente la ley colombiana.

Esa reciente ley colombiana del 27.12.2006 establece el "Régimen de insolvencia empresarial", declara que el régimen de insolvencia propicia y protege la buena fe en las relaciones comerciales y patrimoniales, destacando como principios la universalidad, la igualdad de los concurrentes, la eficiencia e información, la negociabilidad, reciprocidad y gobernabilidad económica manifestada en una "dirección general definida para el manejo y destinación de los activos, con miras a lograr propósitos de pago y de reactividad empresarial".

Fija claramente el objetivo de "reactividad empresarial", o sea de conservación de la empresa. Esta legislación es preclara al manifestar "Finalidad del régimen de la insolvencia.. tiene por objeto . la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor. El proceso de reorganización pretende a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operación, administrativa, de activos o pasivos" en su art. 1º primero segundo párrafos.

La visión de las normas societarias como preventivas resulta del art. 10º que impone que la solicitud de reorganización debe presentarse con la acreditación de "No haberse vencido el plazo establecido en la ley para enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a subsanarla".

Deberá presentarse conforme el art. 13 ap. 6 "Un plan de negocios de reorganización del deudor que contemple no solo la reestructuración financiera, sino también organizaciones, operativa o de competitividad, conducentes a solucionar las razones por las cuales es solicitado el proceso, cuando sea el caso".

El empresario -individual o social- afronta en su actividad un riesgo típico e inmanente, sujeto a la eventualidad de errores de gestión o de eventos externos más o menos previsibles comprometiendo el pleno y correcto desenvolvimiento del programa empresario adoptado y el alcance de los resultados esperados. Cuando el riesgo acaece, y no se pone pronto remedio, es

inevitable que la actividad vaya hacia su propia declinación. Y justamente el derecho concursal se ocupa de la empresa en crisis y el presupuesto de activación de los procedimientos concursales se basa en la incapacidad, actual o en algunos casos sólo potencial, del empresario de asumir regularmente las obligaciones contraídas⁶⁴. Se trata, como titulan esos autores, una crisis de la organización.

Desde la teoría de la empresa, de una de sus formas de organización: el derecho societario, hemos tratado de construir -y ahora lo reiteramos- un sistema congruente de tratamiento de las crisis, conforme el pensamiento que orientaron grandes juristas.

El alcance de la llamada "conservación de la empresa" y la posibilidad de extender la protección a su continuidad al frente de la empresa, debe hacerse en análisis de viabilidad para determinar el merecimiento de una tutela. Ese examen lo debería hacer primariamente el mismo titular del patrimonio, constituyendo el plan de negocios.

Descartada esa viabilidad debe estudiarse la posibilidad de escindir ese patrimonio separando la porción de bienes (materiales e inmateriales) organizados para el cumplimiento de alguna de las actividades u objeto sociales (ya que el patrimonio podría albergar a varias "empresas"). Y en vista de esa escisión, que de no ser voluntaria debe llevar a la quiebra como forma de escisión coactiva, debe determinarse si existe alguna "empresa" viable, dentro de ese patrimonio. La viabilidad estará determinada por la constatación de los dos atributos que hacen a la existencia misma de una empresa desde el punto de vista económico y político, su economicidad y su solidaridad, pues una empresa no sólo debe ser una organización económica⁶⁵, sino solidaria⁶⁶, lícita y viable.

La empresa que no es autosustentable no es empresa⁶⁷.

La legislación concursal contemporánea se avizora conforme la descripción de herramientas que permitan lograr un acuerdo a la propia deudora o a un tercero, venciendo las oposiciones que pudieran hacer los acreedores para alcanzar una mayoría que recepte la propuesta formalizada por la deudora o un tercero.

La insolvencia de una sociedad -que gestiona una empresa- tiene características particulares, pues la legislación que autoriza la constitución y funcionamiento de ese medio técnico, con libertad jurigenética de personas jurídicas, prevé las dificultades de la sociedad por falta de capital o patrimonio, sea imponiendo la reconstitución del capital social, por propias aportaciones de los socios, de terceros o de los acreedores, o la liquidación ordenada de la misma, al menor costo.

Resulta paradójico que ese cúmulo de herramientas que brinda o brindará la legislación concursal no aparezcan concatenadas en un orden, una axiología, valores determinantes, al producirse la ruptura del sistema contractual autorizando el incumplimiento generalizado de la mayoría de las obligaciones.

También ello lleva a cierta perplejidad por cuanto no siempre aparecen las herramientas vinculadas a la exteriorización de un plan de negocios para suponer que las mismas serán eficientes. Plan de negocios que hoy esta vinculado indisolublemente a la decisión de cualquier emprendimiento, de la formalización de cualquier inversión.

Y resulta más sorpresiva la cuestión, por cuanto las sociedades requieren los remedios concursales sin que se advierta que han intentado los remedios societarios.

Se dice que cuando existen dificultades los socios ya no tienen interés de poner más dinero, pero tampoco se invita a los acreedores a participar en el negocio, y si se requiere a éstos un sacrificio que al alterar la composición del patrimonio les enriquece directamente.

Se enfrentan así dos aspectos: uno axiológico y uno económico, ambos faltantes en la mayoría del uso de esas herramientas. El axiológico como valor indicativo de la estructura normativa que ha de guiar a los concurrentes, a la deudora, sus administradores y fundamentalmente al juez para aplicar la norma y entender que no es abusiva una solución y por tanto no contraria a derecho. Y la económica porque se excluye lo que la economía no dubita en exigir para catalogar un negocio: el plan de empresa, el plan de negocios, la rentabilidad y posibilidad del proyecto o de la solución proyectada u ofrecida.

Si no se ven usadas las medidas que impone el derecho societario, u ofrece, parece que no existirían ninguno de los principios, ni el jurídico ni el económico, respetados, y que o es un salto al

vació o se intenta ocultar el enriquecimiento incausado que resulta del incumplimiento -en muchos casos programado-.

Nuestra concepción sobre la empresa es desde el derecho societario, en la idea que es la forma normal de organización de las empresas de mayor significación económica⁶⁸. Por otra parte la construcción del sistema societario es similar en la totalidad de la legislación societaria mundial, y la visión, esbozada desde un derecho nacional, permite su expansión.

Cohérente con ello centramos la problemática en que la mera crisis financiera o la crisis económica general de una sociedad, y la cesación de pagos o la insolvencia, deben enfrentarse en la forma más tempestiva posible una vez advertida, para evitar su instalación y los efectos consecuentes, su contagio a la economía que la circunda, particularmente a los acreedores.

Nuestra tesis es que la crisis debe ser asumida por administradores y socios desde la normativa societaria, similar en todos los países. Hemos constatado en la práctica argentina que los administradores de esas sociedades, y los socios de control, ante la crisis no adoptan ninguna de las medidas o vías que les ofrece el sistema societario: no llaman formalmente a los socios a considerar como afrontar la crisis. No se expresa ello ni en Asambleas ni en Reuniones Generales, y menos aún se les convoca para aumentar el capital social, reintegración del mismo, reorganización de la empresa, venta de activos inactivos, y particularmente a una capitalización de pasivos por negociación con acreedores -art. 197 LSA-. No asumidos los problemas de la crisis en lo básico, la discusión debería recaer en la disolución por alguna causal, fundamentalmente por la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social, como forma de exteriorizarse la idea de empresa.

Lejos de ello, se suelen advertir maniobras oscuras y contrarias a deberes fiduciarios de los administradores tales como devolución de préstamos a personas vinculadas, o satisfacción de cuentas personales, o de aquellas que registran fianzas de los socios de control o administradores, e incluso la decisión de no aumentar capital social y devolver aportes irrevocables. Ello ha llevado a diversas respuestas de la legislación, particularmente a la revocabilidad de esos actos y la apreciación de esos créditos como subordinados.

Adviértase que la referida norma colombiana se enrola en esta visión, pues impone, como vimos, el "No haberse vencido el plazo establecido en la ley para enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a subsanarlas", como condición del uso de las herramientas concursales. Adviértase la sencillez preventiva del precepto, que impone el tratamiento de las causales disolutorias, para lograr el equilibrio a bajo costo, como la capitalización del pasivo, donde se eliminan todos los costes de transacción para salir de la crisis y se transforma la situación patrimonial de la sociedad.

Al referirnos a la empresa y su conservación introducimos varios problemas temáticos: 1°. Nos referimos a la actividad empresaria o a la organización que la sustenta, en este último caso debemos pensar en las soluciones que brinda el marco regulatorio de la propia organización, 2°. Nos referimos a conservar a los propietarios de la organización, ello no lo es necesariamente ni dentro de la propia regulación de la organización, y menos aún en la concursal que brinda soluciones heterónomas. 3°. Cuando la organización que sustenta la empresa no ha optado por las soluciones de su propio régimen, que debe tener en cuenta el sistema concursal al referirse a la conservación de la empresa.

Se trata de soluciones inmediatas, a través de conservar la organización, y de soluciones mediatas a través del sistema concursal. Los costes de mediación jurídica y la eficiencia varían en cada uno de los casos y se impone su análisis -no necesariamente en este ensayo sobre la axiología-.

Y dentro de cada sistema el orden de los repartos, el valor justicia.

Impone la racionalidad, incluso desde visiones pragmáticas, de mercado, económicas, considerar la viabilidad empresarial desde la sustentabilidad de los negocios, que se impone no sólo desde la responsabilidad social empresarial, sino desde la teoría general de la responsabilidad civil como venimos sosteniendo.

Fundamental es una visión global del problema, del bien jurídico tutelado o que se pretende tutelar por el sistema concursal, de la existencia de normas preventivas en el sistema general del que

aquél nos aparta, y de las estrategias que se desarrollan en los procesos concursales, para determinar su funcionalidad en la intersubjetividad de intereses o su abusividad para lograr propósitos no amparados por el sistema. También la necesidad de distinguir entre la sociedad, la empresa, los socios y los administradores. El sistema concursal no puede amparar a administradores ineficientes, para peor en el intento de enriquecer a los socios.

La protección de la empresa, y de la sociedad que la contiene, pasa por otras vías que no son ni alientan la abusividad en los concursos que debe entenderse como una normatividad de excepción ante situaciones de crisis en las que han fracasado los otros recursos previstos por el derecho.

Desde la óptica de la "empresa" no es relevante quiénes sean los propietarios de las participaciones sociales.

VI - LA EMPRESA.

La "conservación de la empresa" nos lleva a referirnos a la "empresa".

Si esa conservación es el objetivo normativo y la cesación de pagos el antivalor que intenta extirparse a través de la legislación concursal, en realidad el "bien social" es la "empresa".

La Empresa aparece como nudo, en orden a corresponder a la noción de bienes y actividades organizados con una causa, fundamento de separar o afectar un patrimonio a través de una técnica o relación organizativa. Centramos nuestra concepción de la empresa en la actividad hace tiempo⁶⁹, dentro de las concepciones multifacéticas de la doctrina. Recientemente se ha afirmado "De más está decir que en la actualidad la empresa ha pasado a ser pivote del derecho comercial, y por ello puede admitirse que no lo es el sujeto empresario sino la acción de ese sujeto es decir la actividad"⁷⁰. Se sigue "El problema de la actividad en tanto situación absolutamente diferenciable del acto hace a la comprensión del sujeto empresario (sea individual o colectivo) porque éste es el actor de una actividad que es la característica de la vida de la empresa por ser "un organismo económico que se basa en una organización fundada en principios técnicos y en leyes económicas dando lugar a una actividad organizativa"⁷¹.

Guyenot en el año 1971 señalaba que el camino de un reconocimiento jurídico de la empresa era la noción de sociedad, en la cual normalmente se absorbía. Noción que ya se registraba en el conocido libro de Ascarelli "Iniciación al Derecho Mercantil", donde potencia la técnica de la libertad corporativa o sea constituir sociedades para generar centros imputativos diferenciados, es decir organizar la empresa como un centro imputativo diferenciado del patrimonio de sus titulares. Últimamente se ha advertido una reacción contra el concepto de la personalidad jurídica, fundada en el descrédito con que la actitud individualista de algunos empañó la ficción de personalidad jurídica absolutamente independiente de los socios. Así, Joaquín Garriguez y Díaz Cabañete⁴⁹ afirman que se trata de un concepto jurídico, pero antes que nada de una agrupación de hombres unidos por una "finalidad común" y "el dictado de normas para la justa convivencia entre los socios".

La empresa es el elemento material y la técnica organizativa es la sociedad como un elemento formal.

Alconada Aramburu⁵⁰ fija el alcance de esta concepción sosteniendo que una persona jurídica es una ficción ideada por razones técnicas, "a fin de que en la vida negocial puedan alcanzarse determinados fines que el ordenamiento jurídico no desapruueba", afirmando a continuación, y fundado en esta premisa finalista, los límites dentro de los cuales "puede reconocerse vida propia a la persona colectiva: si se abusa de la misma para alcanzar fines contrarios a la vida de la sociedad, es posible adoptar medidas contra los hombres o respecto de las verdaderas relaciones encubiertas tras la máscara de la persona jurídica, que no puede ser obstáculo para el cumplimiento de una sentencia justa", siguiendo más adelante con que "la ley puede burlarse mediante la utilización de la persona jurídica o colectiva, cuando los individuos tratan de alcanzar el resultado que la ley rechaza, cumpliendo los actos prohibidos por medio del ente y ocultándose tras él, tanto en el caso de que el mismo existiera como en el supuesto de crearlo especialmente para sustraerlo al imperativo legal".⁵¹

Sereni⁵² afirma que cuando el concepto de la personalidad jurídica está usado contra el interés público para justificar una irregularidad, favorecer un acto fraudulento o perpetrar un acto delictivo, la ley debe considerar a la sociedad como una mera asociación de personas. Claro está que la ley no puede introducirse en los principios finalistas que han tenido los originales o actuales socios de la anónima, por lo que debe contentarse con sancionar el objeto o actividad ilícita por la que trasciende la finalidad ilícita de los socios o de un grupo de ellos, pues la licitud de los fines está ligada a la licitud de los medios.⁵³ O sea que la finalidad no debe ser reprobable, y el objeto debe ser aceptable por el ordenamiento jurídico, lo que importa reconocer las facultades no discrecionales de vigilancia de la creación y funcionamiento de determinadas sociedades.

El fin de todos los accionistas es el lucro, que se confunde con el de la sociedad que finalísticamente debe o tiende a producir lucro. Así los derechos patrimoniales son los principales y los otros, accesorios, los administrativos, parapolíticos o de consecución, que permiten el logro perfeccionado de los derechos patrimoniales. Dalmartello⁵⁴ destaca la existencia de intereses contrapuestos en la realización del contrato, e inclusive posteriormente, y la necesidad de no anteponerlos al común interés, como obligación y como una necesaria consecuencia del tipo del contrato de constitución de la sociedad, o sea la reducción de los intereses particulares de los socios a un superior interés social, y la actuación de ese dicho interés superior con preferencia a los intereses individuales de los socios, lo que resulta como efecto obligatorio del contrato. Al hablar de finalidad común de los contratantes debe entenderse en el sentido de que ella existe en cuanto a la búsqueda de un fin-medio, de un instrumento jurídico, que sería la realización de una actividad económica por medio de la generación de un ente societario para obtener un determinado resultado.

Sea que la consideremos un organismo con finalidades y medios propios y superiores en poder y en duración a los individuos que la componen, que configura la doctrina de la institución, o nos finquemos en los individuos que contratan para constituir un nuevo medio o instrumento de sus finalidades de progresión económica, encontraremos iguales nociones de causa fuente y causa fin, porque en la sociedad en sí no se advertiría sino el medio técnico para obtener la finalidad propuesta, sea del individuo, sea de la empresa. Así la personalidad jurídica de la sociedad tiene como límite el hecho de ser un medio para el logro de los fines de sus constituyentes, que usarán ese medio en la medida del objeto pensado para el logro de sus finalidades dentro de la licitud en el marco del ordenamiento jurídico, constituyentes que quedarán así vinculados a ese medio.

Encontramos en común en la sociedad, el que mirados en su causa fuente se advierte la persecución de una misma finalidad en todas las partes, a distinción de otros contratos en que cada parte se acerca para obtener fines diversos. En aquella se advierte una comunidad de fin, especialmente señalada por las doctrinas contractualistas;⁵⁵ un fin común, pues no hay allí intercambio de prestaciones que sirva de causa recíproca, sino que se vinculan en la obtención de una finalidad común, y el fin común de todos los otorgantes es la realización de una ganancia o el cumplimiento de otra finalidad, pero por el medio de la fundación del ente que los reúne como instrumento jurídico que permite el alcance de dichos diversos fines- aunque existe contraposición original de intereses- a través del fin común. Fargosi⁵⁶ resume correctamente el alcance de dicho fin común, o razón económico-jurídica fundamental, que no es otra cosa que el crear ese medio a través del cual lograrán la satisfacción de su interés personal.

La posición de Alconada Aramburu ya comentada puede sintetizarse con la siguiente cita: "los fines de la sociedad por acciones deben adscribirse al desarrollo económico y social, propender al ahorro nacional popular en función de la ampliación de los beneficios comunes. Para decirlo en elocuente síntesis: enderezarse al servicio del hombre y no a la satisfacción de intereses económicos determinados".

Hemos querido dejar destacada la necesidad de una finalidad y de un objeto que corresponda a la razón misma de ser de un ente colectivo y en especialidad de la sociedad por acciones, ya que por su estructura la despersonalización con respecto a sus socios llega al mayor grado, y que la constitución represente un fin: la creación de un ente con un objeto, cuyo cumplimiento en cuanto aceptado por el orden jurídico, que recepta este tipo de entes, perfila el alcance de su personalidad jurídica,

Se concibe a las figuras societarias como un recurso técnico de la ciencia jurídica, que posibilita que una declaración negocial de una o de una pluralidad de personas, genere una estructura con fines instrumentales, para lograr una organización funcional que permita atribuir derechos y contraer obligaciones imputables a su fondo de afectación.

En definitiva, el ente, como centro de imputación, es el intermediario en la actividad colectiva de los miembros con los terceros y en las relaciones entre sí. El fenómeno se complejifica en el asociacionismo de segundo grado: las sociedades constituidas exclusivamente por otras sociedades o personas jurídicas.

Al personificar cierto substrato (empresa, fondo de comercio, etc.) además de capacitarlo como sujeto de derecho, indirectamente también se le permite ser objeto de relaciones jurídicas, pues al patrimonializar su conjunto de derechos y obligaciones se permite su negociación genérica, transfiriendo ese patrimonio conforme sea el tipo del substrato de su titularidad, a través del título representativo de su "propiedad" o titularidad (acciones, cuotas, cesión de partes o de derechos). También puede encomendarse su "management" o la gestión orgánica del patrimonio por un tercero, lo que lo acerca notablemente con la técnica jurídica de imputación usada para el fideicomiso: su patrimonialización y su administración heterogestante. Son las herramientas que ofrece el derecho a la economía.

Esa conexidad entre persona jurídica y patrimonio, como técnicas jurídicas resulta de la propia nota del art. 2312 C.C. argentino donde Dalmacio Vélez Sarsfield expresa "El patrimonio de una persona ... Es la personalidad misma del hombre puesta en relación con los diferentes objetos de sus derechos".

La personalidad impone la exteriorización de una voluntad diferente a la de quién la manifiesta, imputable a un patrimonio autónomo.

La organización formal societaria obliga referirse al objeto social, que es la forma de darse la idea de empresa, para cuyo cumplimiento los constituyentes asignan un patrimonio al nuevo ente.

Hay una serie de apotegmas usados en el derecho concursal: la empresa es el centro del mundo económico. Ergo debe conservarse la empresa, que se vincula con otro apotegma: no se cobra en la liquidación, hay que homologar cualquier propuesta, no importa como se logre la mayoría de aceptaciones por parte de los acreedores. Son palabras usadas normalmente con sentido futil⁷², unidas para la homologación de acuerdos absurdos a la manifestación de no advertirse fraude o abuso en lo acordado con la mayoría -aparente- de los acreedores. Existe una "manipulación de las palabras". Así conservar la empresa figura en todas las resoluciones de homologación de acuerdos, sin que medie seguridad de esa conservación, por cuanto no se ha exigido ningún plan, ningún aval de los socios, con votantes de utilería. La ley nada exige, pero la jurisprudencia las usa como fachada.

No se fijan objetivos, ni se educa a los sectores -o actores- en pugna, equilibrando los repartos ante la conveniencia -o necesidad- de conservar la empresa.

Las dificultades de la empresa deben ser superadas por las herramientas que da el derecho. Así la construcción del derecho concursal -pero a veces olvidándose del derecho societario- determinar que es crisis, que la cuestión es un negocio privado, que los terceros interesados en conservar la empresa debe intervenir. Otro conflicto ontológico es el mantenimiento del empleo.

Por eso es importante mantener el derecho de información, con diferencias del derecho societario, particularmente en la formulación de planes de recuperación, asegurando la intervención de profesionales especializados. No son descartables para nada los procesos de desjudicialización, otorgando esas funcionales a Instituciones Administrativas (la Subsecretaría de Quiebras en Colombia, el INDECOPI de Perú). De hecho propiciamos esa desjudicialización y privatización a través de la aplicación de las normas específicas del sistema de organización de la empresa o actividad protegible, en forma genérica del sistema societario.

Aparecen a disposición de administradores y partícipes de esas relaciones de organización que recurren a medios concursales, soluciones ante la mera crisis sin insolvencia, donde la necesidad de aportar más capital se soslaya dentro de lo interno. Se intenta objetivizar la insolvencia de diversas medidas: diferencia en cuenta ganancias y pérdidas y estado de resultados, diferencia con

disponibilidades de caja y medios de pago, flujos, que son crisis económica la primera y financiera la segunda, con cesación de pagos.

Centramos siempre los comentarios a los concursos de sociedades comerciales -como paradigma de la organización de la empresa, no exclusivo-, pues el abuso del proceso es una forma más del abuso del derecho, que pasa particularmente por no usar de los medios preventivos del derecho societario, o de usar tardíamente la vía concursal, desnaturalizándola, forzando formas preventivas con propuestas írritas que no hubieran sido necesarias.

Nos hemos preocupado de señalar que el sistema jurídico de las relaciones patrimoniales contractuales se desarrolló desde las llamadas "relaciones de cambio", con algunos atisbos pluripersonales pero no organizacionales, por lo que hemos incursionado en las "relaciones de organización", aluvional y asistemáticamente introducidas en nuestro sistema positivo.

La libertad jurigenética de crear sociedades-personas jurídicas se encuentra vinculada a su uso funcional, o sea planificado.

Estamos frente a la empresa, con nuestra visión ajena al acto aislado, para pensar en la actividad o en las relaciones organizadas o de organización.

Lo primero es tener en claro el objetivo que tiene su constitución, o sea la causa del negocio asociativo, que si bien puede ser mediatamente el lucro, la finalidad asociativa se vincula inmediatamente al cumplimiento de un objeto-empresa.

Cuando uno tiene en claro la política a seguir, el objetivo, como en una Nación, las técnicas para satisfacerlo son más factibles de usar, de encontrar las más aptas, de lograr los mejores resultados.

Y la primera técnica para el cumplimiento del objeto-empresa es contar con los elementos económicos-financieros adecuados, que en materia de constituir una sociedad se vincula al patrimonio constitutivo, o sea al capital que se dota a la sociedad como requisito formal constitutivo.

Así hemos avizorado la primera planificación: para que constituimos la sociedad.

Hay que tener en cuenta los comportamientos, particularmente cuando existe una empresa organizada y actúan numerosas personas físicas vinculadas directa o indirectamente con su propiedad, control, administración, dirección, fiscalización y auditoría, de los cuales se puede "predecir su comportamiento. Un modelo, por ejemplo puede trabajar con agentes imperfectamente informados o perfectamente informados y, a partir de allí, intentar predecir su comportamiento frente a ciertas elecciones . en lo que hace específicamente a las posibilidades de insolvencia voluntaria, consideradas como alternativa de elección factible y una materia de diseño institucional, el tema parece guardar una relación central con algunos aspectos del análisis financiero, con un campo de desarrollo particularmente digno de explorar"⁷³.

Miremos la realidad de las sociedades comerciales que se presentan en concurso para suspender una subasta en un juicio que lleva muchos años, sin presentar todos los libros por situaciones "accidentales", donde el informe general del síndico determina que operaron en cesación de pagos durante muchos años, y sin planificación evidenciada alguna proponen propuestas írritas, cuestionándose por falta de causa créditos suscriptos por los mismos administradores actuales sin que sean removidos, donde las mayorías son obtenidas con diversas estrategias. Ideas suelen oscurecer el discurso: - La suerte de la empresa que se desenvolvía como objeto de la sociedad concursada, que muchas veces ha sido sellada por el desvío de bienes y de la misma empresa, a través de un trasvasamiento. El argumento de conservación de la empresa aparece al homologar un acuerdo que carece de toda planificación de aseguramiento, aunque fuere eventual. La conservación con carácter programático pero como concepto indeterminado. Parece un fin, objetivo o bien jurídico de las normas, no escrito, y que no ha sido cuidado por la concursada que no parece haber adoptado ninguna de las medidas que le impone la ley societaria, como un orden jurídico imperativo. O sea que las conductas de los administradores no aparecen inspiradas en el mismo objetivo que luego sirve para una homologación opinable. Tampoco aparece en ninguna norma de la ley de concursos la conservación de la empresa, que ha intentado ser asegurada en la quiebra con criterios extranormativos inspirando reformas, sólo en la homologación.

El derecho debe ser interpretado de manera favorable a los ideales en cuestión, constructivamente integrando normas, de derecho constitucional de propiedad, de derecho penal de no entorpecer la normal marcha de la empresa, de derecho civil de indemnizar si se daño y de derecho societario de adoptar tempestivamente las medidas que aseguren la funcionalidad regular de la sociedad. Nunca convirtiéndose en una forma de beneficiar a los socios pese a su desinterés en capitalizarla, afectando inconstitucionalmente a acreedores con quitas ilegales.

La visión es hasta ahora exclusiva desde una apreciación limitada al derecho concursal como eje de la solución de las crisis, sin mirar el sistema de organización del sujeto en crisis.

Los ideales no suelen ser eficaces sino en la medida en que tengamos claro, junto con su idea misma, todo lo que debemos hacer. Y en este caso si nos referimos a la conservación de la empresa debemos revisar que hicieron antes los administradores del ente en crisis, de sociedades que mágicamente señalan como única solución una propuesta írrita aprobada sospechosamente por mayorías obtenidas por terceros no convocados, y por tanto no legitimados, muchas veces sociedades off shore de paraísos fiscales, o excluyendo a acreedores convocados por supuesto interés contrario. con la propia concursada.

Esta expresión "sospechosamente" corresponde a Vaiser, Truffat y los rosarinos Granados y Holand, entre otros⁷⁴.

VII - RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIA Y PLANIFICACIÓN.

La ética de la organización empresaria, de los sujetos que tienen la función-deber de administrarla, han impuesto una suerte de autoregulación en la llamada "responsabilidad social empresaria" a la que resultan convocados todos cuantos tienen intereses diversos en la funcionalidad empresaria. Responsabilidad que a su vez impone como cimiento básico la planificación constitutiva y funcional de quiénes crean el nuevo ente y de quiénes lo gestionan. Se entrecruza con la llamada teoría del "corporate government", predicamentos que no siempre tienen respuesta normativa pero que configuran los deberes, funciones, facultades y obligaciones de los administradores societarios como "buenos hombres de negocio", como así también el concepto de "lealtad" que lo integra.

Ratificando esa concepción general, Cámara expresa sobre el sistema normativo concursal que "En aras de los múltiples intereses económicos conexos, de carácter individual y colectivo. protege la permanencia de la empresa mientras exhiba algunos signos de vida"⁷⁵.

Se anticipó a la autorregulación generada en torno a la responsabilidad social empresaria, "tutelando el valioso capital técnico, financiero y humano que representa"⁷⁶, recordando algún pensamiento sobre "las nuevas actitudes del Estado consiste en hacer que las empresas sean más conscientes de su responsabilidad, respecto de los hombres que emplean y de los hombres entre los cuales viven. En la nueva óptica, el destino de la empresa ya no se limita a su propia situación financiera. La evolución rápida de la técnica y de los mercados ya no le obliga solamente a equilibrar sus cuentas. Le crea el deber moral de sobrevivir, porque su supervivencia se ha hecho indispensable para la salvaguardia de otros intereses que los de su propietario: el pleno empleo de la población activa de la localidad donde funciona, la prosperidad de esa localidad y de su región, la productividad máxima de los medios que inmoviliza, etc. El Estado le invita, pues a preocuparse continuamente de lo que puede llamarse su destino público"⁷⁷. Se anticipa a la doctrina de la responsabilidad social empresaria.

1. El abuso de la autonomía negocial en las relaciones de organización siempre importa la responsabilidad de quién así actuó.

Ante este estado de situación, nos preguntamos -y contestando afirmativamente-, si existen sanciones por esa actitud de abandonar las soluciones societarias y llegar tardíamente a la presentación del concurso. Muchas otras deficiencias acusa el derecho de la quiebra. La falta de un sistema de detección de dificultades y el retardo en la promoción traen como consecuencia que muchas empresas soliciten su concurso cuando hace tiempo que están en situación desesperante.

Por ello los medios de tutela no deben ser buscados en la ley concursal, sino en la prevención interna societaria. La cuestión debe ser resuelta en forma práctica y sencilla, advirtiendo que los mayores daños resultan no de la presentación del deudor persona individual sino de la insolvencia societaria.

La pregunta es: ¿pueden los acreedores que se sientan perjudicados promover acciones de responsabilidad contra administradores y socios aunque se hubiere homologado el acuerdo de la sociedad respectiva?

Las acciones de responsabilidad, como la de imputabilidad aditiva (muchas veces denominada como de inoponibilidad de la personalidad jurídica), no requieren --como las acciones revocatorias concursales o de extensión de la quiebra- de un presupuesto de insolvencia o de declaración de quiebra para ampliar la legitimación pasiva o autorizar la promoción de acciones especiales. La limitación de responsabilidad de los administradores esta basada en el supuesto de un comportamiento leal.

Por ello la respuesta al interrogante es afirmativa.

Así el fallo "Palomeque, Aldo René c/ Benemeth S.A. y otro s/ recurso de hecho", donde pueden verse, pese a la aparente restricción a la aplicación del art. 54 in fine ley de Sociedades Comerciales, un interesante atisbo de soluciones para ciertos casos. En el mismo, la CSJN (con fecha 3 de abril de 2003) al hacer suyas las consideraciones del Procurador General de la Nación (fecha 23 de octubre de 2001), parecería que sólo acepta la aplicación de la imputación y responsabilización al controlante torpe -la llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica-, o a accionistas y directores, en supuestos en que la actividad desviada fuera genética respecto a la sociedad creada ("no ha quedado acreditado que estemos en presencia de una sociedad ficticia o fraudulenta, constituida en abuso del derecho y con el propósito de violar la ley"), lo que realmente implica confundirlo con el supuesto penal societario del art. 19 LS, restringido incluso éste.

Indirectamente la CS ha fijado cuatro casos de inoponibilidad (y quizá de actividad ilícita) vinculados a la sociedad aparente que señalaba Galgano o a la constituida en fraude a los acreedores o que opera en insolvencia:

a. Bi/plurilateralidad genética simulada lícitamente; b. Sociedad de cómodo, uno de cuyos supuestos -como eruditamente indica el fallo lo es la unipersonalidad encubierta; c. Infracapitalización material constitutiva y d. Sociedad con actividad ilícita inicial.

Claro que esa interpretación se vincula más con una doctrina restrictiva en torno a la aplicación del referido art. 19 de la ley de sociedades, que a la letra, espíritu y doctrina del referido art. 54 in fine.

La inoponibilidad de ciertos efectos es la respuesta adecuada en el sistema de las relaciones de organización, pues sin afectar la personalidad jurídica del ente, genera efectos de imputación o de responsabilidad que no resultan normales y que sólo corresponde efectivizar ante abusos funcionales o fraude a la ley.

El criterio es respecto a la infracapitalización material constitutiva, pero si esta apareciera en la funcionalidad societaria se estaría frente a una causal de disolución de orden público, que impone que los administradores convoquen a los socios, y que éstos superen la situación o abran el período de liquidación de la misma.

El empresario -individual o social- afronta en su actividad un riesgo típico e inmanente, sujeto a la eventualidad de errores de gestión o de eventos externos más o menos previsibles comprometiendo el pleno y correcto desenvolvimiento del programa empresario adoptado y el alcance de los resultados esperados. Cuando el riesgo acaece, y no se pone pronto remedio, es inevitable que la actividad vaya hacia su propia declinación. Y justamente el derecho concursal se ocupa de la empresa en crisis y el presupuesto de activación de los procedimientos concursales se basa en la incapacidad, actual o en algunos casos sólo potencial, del empresario de asumir regularmente las obligaciones contraídas⁷⁸. Se trata, como titulan esos autores, una crisis de la organización.

2. Dentro de la axiología dogmática y normativa expresada, en la acción de "conservar",

aparece la función-deber de planificar.

Lo que hoy debemos enfrentar si consideramos a la empresa una unidad económica, es entrenar a sus administradores y a los acreedores. A los primeros a prever, planificar y evitar los síntomas que anticipan la autodestrucción de esa unidad y la afectación a la comunidad y al mercado, pues como señala Lorenzo Stanghellini⁷⁹ -describiendo situaciones similares en el contexto de la Responsabilidad Social de la Empresa- el acreedor se encuentra en la misma situación de un "inversor sin derechos". A los segundos -dentro de los cuales pueden estar los trabajadores- para asumir la titularidad o cotitularidad de la propiedad de la empresa, con o sin aquellos administradores, cuando los socios no puedan o no quieran soportar los esfuerzos que impone una crisis. El derecho no puede aceptar, so pretexto de la conservación de la empresa, que las pérdidas y las dificultades sean afrontadas exclusivamente por los proveedores de créditos, bienes o servicios, sin que los mismos puedan alcanzar algún beneficio que resulte de aquél sacrificio.

Pero la sociedad no ya como una institución social (es una institución jurídica) que pueda hacer pensar en la "empresa inmortal" -al decir de Jaime Anaya-, sino en el aseguramiento de su funcionalidad normativa y estructural: las obligaciones o deberes fiduciarios de los administradores societarios. La doctrina actual tiene en claro que "el saneamiento y recuperación empresarial será por sí un objetivo que haya que actuar contra las fuerzas del mercado"⁸⁰.

Adviértase que no nos incorporamos en la tesis pesimista de la escuela económica del derecho (Bowers), quién sostiene que las soluciones se logran al margen de este juicio, donde muchos profesionales lucran con ello. Los grandes acreedores ya constituyeron hipotecas o garantías, participar en el juicio concursal es ineficaz. En ese sentido Thomas H. Jackson (EEUU) expresa "como muchas especias arruinan la sopa, muchas funciones arruinan el derecho, opacan la verdadera función del Derecho Concursal". Y al lado de esas posiciones nihilistas, los constructivistas dentro de esa misma escuela optan por la preparación de un plan de reorganización de la sociedad con los acreedores y accionistas, con una huida de la judicialidad. ¿Hacia donde deberían tender las nuevas técnicas jurídicas en torno a la insolvencia? Volver al redil, a las normas societarias.

Si no existe precepto alguno que limite la libertad de los socios fundadores para determinar la cifra concreta de capital social, ni que establezca la obligación de éstos de establecerla de conformidad con las necesidades financieras de la empresa social, prohibiendo la infracapitalización material de la misma, ello no impide que el deber de los socios y administradores de procurar una adecuada capitalización de la sociedad esté reconocido a nivel normativo,⁸¹ aunque sea casi imposible fijar con criterios apriorísticos cuales son las necesidades financieras de una determinada actividad empresarial⁸².

Ante falta de disposición normativa existe la posibilidad de enfocar el problema de la infracapitalización desde la óptica de la responsabilidad de los administradores. Así se contempla en Francia, con la *action en comblement du passif*, que establece en sede concursal la sanción a la infracapitalización.⁸³ Lo mismo sucede en Italia, por la aplicación de la acción del art 2449 del Codice Civile.⁸⁴ Si bien en España no existen normas similares⁸⁵, la aplicación del art. 262.5 de la LSA puede llevar a obtener resultados semejantes⁸⁶.

Con ello se seguiría el "modelo italiano" de tratamiento positivo de la infracapitalización material, basado ante todo "en la función empresarial del capital social y, por tanto, en soluciones que atienden a la ineptitud del fondo patrimonial que esconde para la explotación de la empresa social y, por ello, para la realización del objeto social."⁸⁷

El administrador deberá convocar a reunión de socios para que elimine la causa de disolución mediante el oportuno aumento del capital social o para que acuerde la disolución de la sociedad. De esta citación y de lo que se actúe en la respectiva reunión se perfilarán las conductas de administradores y socios que compongan la mayoría a fin de analizar la imputación de responsabilidad.

La conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios⁸⁸. Es una cuestión de derecho privado. Obviamente que tal reorganización podría ser asumida directamente por la sociedad o, posteriormente en una propuesta

de acuerdo preventivo extrajudicial o judicial⁸⁹, incluso cuando no lo hubieran logrado inicialmente por la vía prevista de capitalización de pasivo (art. 197 LS). Esta última es cuidadosamente ignorada en la presentación concursal...

Y así están las cosas. "Se advierte. una tónica uniforme que exterioriza disconformidad frente a la insatisfacción de los sistemas destinados a regular las crisis empresarias, y en suma, el fracaso de la legislación, lo que constituye una causa determinante de sucesivas reformas en búsqueda irrenunciable de la estrella polar de una solución imposible"⁹⁰, es que ante la crisis económico-patrimonial-financiera de las sociedades, la misma debe ser asumida desde el derecho societario. Sólo fracasadas las acciones previstas en el mismo, para conservar la empresa podrá afrontarse el camino concursal, con el debido equilibrio entre acreedores y socios.

El derecho societario comparado es suficientemente uniforme para admitir (e imponer) estas conductas.

3. El plan de negocios.

La axiología esbozada, la vinculación a la "conservación de la empresa" impone una vinculación principista a un "plan de negocios", impuesto incluso por el bien jurídico a tutelar.

La expresión "plan de empresa" no es siempre la usada, particularmente en el derecho concursal. Plan de reestructuración, plan de reorganización, plan de salvataje, plan de viabilidad, suelen ser las expresiones empleadas, que si bien representan la necesidad en ese momento, vienen en exponer la falta de oportunidad en asumir la crisis, pues refiere la planificación a la existencia de la crisis.

3.1. Sobre el punto existe una doble VISIÓN

Efectivamente entendemos que existe una visión CONCURSAL: EL PLAN DE REESTRUCTURACIÓN o SANEAMIENTO, cuando ya se ha instalado la crisis y otra -como venimos pregonando- anticipatoria en el derecho societario.

En Nueva oportunidad perdida: más de lo mismo en materia concursal (III), Maffía⁹¹ expresaba "Otra expresión de la política que inspiran las orientaciones contemporáneas a que aludimos finca en la importancia capital que se otorga a la elaboración, seria y fundada, de un plan de saneamiento. Esta nota nos ocupará del régimen que, pensamos, mejor expresa ese ítem del "Derecho de la empresa en crisis", refiriendo la ordenanza francesa del 23 de setiembre de 1967 ., siguiendo que "Esa apertura se amplió notablemente gracias a la ley del 10 de junio de 1994, que modifica la del 25/enero/1985 --o "ley de concursos" como diríamos nosotros-, pero también a la ley de sociedades comerciales (Adla, XLIV-B, 1310) del 24/julio/1966, asimismo a la de arreglo amigable del 1º/marzo/1984. Nada más que para dar una idea de la innovación y de su incidencia en orden a sujetos legitimados para la apertura, repárese en lo siguiente: las sociedades anónimas son controladas por un "comisario de cuentas", o sea el síndico de nuestra ley de sociedades, solo que un órgano de control en serio en lugar de una pieza más del staff dirigente (no lo eligen quienes constituyen la sociedad, sino que deben pedirlo a un registro donde esos controladores de cuentas, probadamente capacitados, se inscriben, y al cual se debe solicitar la adjudicación por quienes fundan o administran una sociedad). Cuando esos comisarios de cuentas comprobaran alguna anomalía o dificultad que pusiese en peligro la continuación de las actividades darían ciertos pasos informando de ello al Comité de empresas. La ley del 10 de junio de 1994 impone la comunicación también al Tribunal de Comercio, el cual puede abrir oficiosamente el procedimiento (art. 4º, párr. 2º, ley de 25 de enero de 1985). Eso comporta la viabilidad del trámite ante la mera existencia de dificultades, sin necesidad de que se hubiese instalado la situación de insolvencia .El proyecto de plan determina las perspectivas de resaneamiento en función de posibilidades y de modalidades de actividad, de la situación del mercado y de los medios de financiación disponibles. Ese proyecto define las modalidades de arreglo del pasivo ... la eventual necesidad de quitas, las ventas que sea posible efectuar sin comprometer la prosecución de la empresa, la necesidad de incorporar capitales o el modo que fuere mejorar el activo".

Parecería que desde la óptica del derecho concursal nada habría que planificar -y ello motiva

esa insistencia de Maffia- y que podría libremente traspasarse -en las sociedades- el problema a los acreedores exigiéndoles un sacrificio de quitas y esperas para enriquecer a los socios que no supieron afrontar la crisis. Conforme a ello reitera en su zaga Nueva oportunidad perdida: más de lo mismo en materia concursal (IV)92 : "I. En los números anteriores (ts. 1995-D, 1062; 1257; 1995-E, 1107) señalamos algunos aspectos de la ley 24.522 (Adla, LV-D, 4381) que reniegan de toda posible actualización del régimen concursal rutinario, por ejemplo, la falta de un tratamiento preinsolvencia o al menos precurso, . y la total prescindencia de un "plan de recuperación" que es nota definitoria de las modernas regulaciones. . vimos que mientras los regímenes de avanzada centran su atención en el estudio cuidadoso, técnico y detenido de la posible resanabilidad de las empresas en crisis, del plan escrupuloso que orientará la salida, de las perspectivas de reinserción de la empresa en el mercado, del costo del salvataje y de la disponibilidad de los medios, la ley 24.522 sólo requiere que los acreedores acepten la fórmula concordataria. El concursado no tiene deber alguno de explicarse ante el magistrado: No necesita siquiera decir qué piensa hacer, incluido el dato mismo del posible saneamiento".

O sea que nuestra ley parecería que entiende que el titular del patrimonio en crisis no tiene obligación alguna de planificar, ni antes ni después de la crisis.

El "plan" visto desde esa óptica concursal aparece como elemental y paleolítico, pues supone que se llegó al estado de crisis sin planificación alguna. Y ya destacamos que Maffia apuntaba a la prevención generando nuestras posteriores preocupaciones.

3.2. La legislación colombiana introduce enfáticamente la cuestión en la solicitud de admisión del proceso de reorganización, al disponer en el art. 13º en sus apartados 4, 5 y 6 respectivamente la formulación de : 4. "Memoria explicativa de las causas que lo llevaron a la situación de insolvencia", 5" Un flujo de caja para atender el pago de las obligaciones" y particularmente el 6 "Un plan de negocios de reorganización del deudor que contemple no sólo la reestructuración financiera, sino también organizacional, operativa o de competitividad, conducentes a solucionar las razones por las cuales es solicitado el proceso".

Se trata, a la postre de situaciones de desequilibrio que ponen en peligro la supervivencia de una organización⁹³, de una sociedad. Desequilibrios transitorios que pueden llegar a la permanencia del estado patrimonial. Nos permitimos apuntar que esos estados de "cesación de pagos" siempre son reversibles si no se agotaron los remedios societarios internos, llevando a preguntarse si puede presentarse en concurso judicial o extrajudicial una sociedad dentro de la cual los administradores o los socios no han intentado los remedios internos para superar la crisis, como exige previamente la ley colombiana.

No hay duda que la "dificultad financiera" alude a un endeudamiento, sin duda por capital insuficiente, que podría paliarse mediante un mero acto de reordenamiento patrimonial como desprenderse de una sucursal o de un activo improductivo. Sobre el punto se señala, recordando los principios de INSOL⁹⁴ que "En el caso que un deudor presentare dificultades financieras, todos los acreedores relevantes (importantes) deberían prepararse para cooperar entre ellos, y también para conceder tiempo suficiente (pero limitado) al deudor (período de suspensión) para obtener de él información para ser evaluada, con el fin de proponer modos de resolución de las dificultades.... el deudor deberá proveer, y permitir a los acreedores relevantes ... el acceso a toda la información relativa a su patrimonio, deudas, negocios y perspectivas, a fin de permitir una evaluación adecuada". Normalmente esa información es retaceada o deformada.

Nuestro anfitrión el Profesor Jesús Sanguino Sanchez⁹⁵, sostiene, luego de eruditas apreciaciones, que la apertura de los concursos habrá de fundarse en la existencia de una situación de "crisis económica del deudor", y que la confesión de éste debe ser suficiente para la apertura del concurso.

La apreciación de la situación de que es "dificultad", tiene una "vinculación directa con la proyección de la empresa", importando "un dictamen técnico", pues "sólo el deudor está habilitado para invocar y probar las dificultades económicas y financieras"⁹⁶ con una nota de generalidad, aunque bastará que el deudor pronuncie las palabras mágicas de "estar en cesación de pagos", como

el "abrete sésamo", para que se abra el proceso respectivo, sin siquiera preguntarle o constatar si agotaron los remedios internos.

3.3. Venimos incentivando⁹⁷ encontrar técnicas jurídicas que aseguren la mayor anticipación en la apertura de los juicios concursales⁹⁸, tendiendo a prevenir los efectos nocivos de la actividad cumplida en cesación de pagos y los efectos expansivos del incumplimiento.

Cabe advertir que las soluciones preventivas en las sociedades se encuentran en la legislación específica. Es una constante de gran uniformidad en el derecho comparado.

La ley colombiana sobre insolvencia empresarial declara que el régimen de insolvencia propicia y protege la buena fe en las relaciones comerciales y patrimoniales, destacando como principios la universalidad, la igualdad de los concurrentes, la eficiencia e información, la negociabilidad, reciprocidad y gobernabilidad económica manifestada en una "dirección general definida para el manejo y destinación de los activos, con miras a lograr propósitos de pago y de reactividad empresarial".

La visión de las normas societarias como preventivas resulta del mentado art. 10º que impone que la solicitud de reorganización debe presentarse con la acreditación de "No haberse vencido el plazo establecido en la ley para enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a subsanarla", "Estar cumpliendo con sus obligaciones de comerciante, establecidas en el Código de Comercio", "estar al día en el pago de las mesadas pensionales, bonos y títulos pensionales exigibles", "No tener a cargo obligaciones vencidas por retenciones de carácter obligatorio, a favor de autoridades fiscales, por descuentos efectuados a los trabajadores, o por aportes al Sistema de Seguridad Social Integral".

3.5. Hacia una visión globalizada de la "planificación".

La conservación de la empresa, principio rector del derecho concursal -pero también del derecho societario-, impone estar planificada, previendo su factibilidad y eficiencia. La creación de un ente formal que desarrolle una empresa esta basada axiológicamente en su posibilidad.

La planificación es una obligación de cualquier administrador, que también debe afrontar la crisis en la forma más temprana posible para evitar la proliferación de los daños⁹⁹.

Alguna doctrina concursalista ve la exigibilidad de un plan en la propia actual ley concursal, tratando de cubrir las falencias apuntadas, conforme la visión que propiciamos.

Así, como en una bisagra en El "régimen de administración" en la propuesta de acuerdo: ¿plan de empresa? Lidia Vaiser¹⁰⁰ preclaramente se refirió muy particularmente al "plan de empresa" -apuntando a la visión globalizante para enfrentar las crisis- y su germen en la actual ley 24.522. Así sostuvo: "VI. Propuesta complementaria eventual. Bajo la óptica recién focalizada, la "reorganización societaria", la "administración de bienes en beneficio de los acreedores"., nociones desprendidas del texto legal (art. 43, LCQ) no pueden más que considerarse como una "propuesta complementaria eventual". Y la denominamos "eventual" en contraposición a la "necesaria", (de la que se dio noticia antes), que normativamente viene impuesta en punto al "régimen de administración y limitación de los actos de disposición" y a la "constitución del comité definitivo". Habíamos considerado en oportunidad anterior, que en este segmento de la propuesta de acuerdo podría encontrarse en estado embrionario, lo que el derecho comparado ofrece y la doctrina nacional mira con apetencia: "EL PLAN"¹⁰¹. También podría afirmarse en un plano más profundo, que la aquí denominada "propuesta complementaria eventual", podría llegar a virtualizar las exigencias tenidas en mira para el diseño del "plan". . IX. ¿Qué alcance debe otorgarse al régimen de administración? En "Vivisección de la propuesta de concordato" (ob. cit.) considerábamos que la "addenda" introducida por la ley 24.522 al régimen de la propuesta, en punto a la cuestión del epígrafe, tal vez constituía una forma proteica de lo que desde estas latitudes miramos con apetencia (siempre en dirección al norte): el famoso "plan de empresa". Extrañamente, este agregado pasó casi inadvertido para la doctrina local. Los autores refieren de modo genérico a la existencia de recaudos adicionales (Barbieri) o a la ostensible desubicación sistemática (Iglesias), pero sin penetrar en el tema ni en su conflictiva. Maffía, ya sabemos, pregona no sin razón, que el plan de salvataje de la empresa resulta el gran ausente en el sistema concursal vigente ("Manual...", p.

314). . De su lado, en otra ponencia presentada al evento académico antes consignado, (III Congreso Nacional...) . Efraín Hugo Richard afirmaba con énfasis que esta nueva exigencia terminaba por insertar el plan de empresa en nuestro sistema concursal ("...La propuesta de acuerdo debe ser acompañada en todos los casos por un plan de administración para superar la situación económico financiera de la concursada...", Richard, Efraín Hugo, ob. cit., p. 420). La conclusión podría aparentar un tanto extrema, pero a poco de ver sus contenidos resultan de gran utilidad para fundar ciertas precisiones en torno al tema. . XI. El plan y el buen hombre de negocios No pueden existir dudas acerca de que el standard jurídico del buen hombre de negocios obliga a los dirigentes sociales a planificar las políticas empresarias. Un buen ejercicio de la planificación y del control permite detectar a tiempo las dificultades, corregir el rumbo y, si es posible, adoptar los remedios necesarios. Las funciones gerenciales implican tres aspectos básicos de la dirección empresaria: Planificación, control y coordinación. Ninguna empresa o dirigente puede prescindir del planeamiento. En la ciencia de la administración las cuestiones vinculadas al planeamiento empresario se engloban en el presupuesto y en el control presupuestario. El presupuesto constituye una herramienta indispensable para la dirección de la empresa. Contiene: a) Una planificación: en base a los objetivos trazados se planifica la actividad futura de la empresa b) Una coordinación: que es la manera de obtener los resultados perseguidos mediante la coordinación de las distintas funciones delegadas o descentralizadas de la administración. c) Un control: toda dirección debe controlar, es decir, debe tener información que permita la comparación entre lo presupuestado y la realidad, para poder corregir las deficiencias que detecte. Al presupuestar, la dirección hace un esfuerzo consciente con miras a predecir el futuro; y el intento por conocer el futuro lleva implícita la posibilidad de modificarlo (Perel, Vicente L., "Manual del presupuesto", Ed. Macchi, 1968). El presupuesto sirve --en consecuencia-- como un insoslayable instrumento de dirección. Es tan grande su importancia que puede aseverarse que sea la principal herramienta para dirigir eficazmente una empresa mediana o grande. De modo tal que resulta un imperativo para todo dirigente, bajo pena de incurrir por omisión en una grave inconducta. Sabemos que la falta de sujeción de un dirigente empresario a los standards jurídicos de "buena conducta", engendra responsabilidades en el marco del derecho societario. Y en el marco del derecho concursal una conducta violatoria de aquellos parámetros también genera responsabilidad a los administradores (art. 173, LCQ) El art. 59 de la ley de sociedades establece que los administradores y los representantes de la sociedad, deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones serán responsables por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión. Ahora bien,. Richard se preguntaba si a los administradores de la empresa en crisis,-con mayor razón que a los de una empresa en equilibrio-, no habría que exigirles una adecuada planificación para resolver la crisis. Recordemos que en la presentación en concurso la ley impone explicar cómo se llegó a la crisis. En consecuencia, en la formulación de la propuesta parece lógico que deba exigirse una explicación acerca de cómo se va a administrar la empresa durante el período de cumplimiento del acuerdo, cómo se la va a sanear, cómo se van a generar los recursos para hacer frente al pasivo. Según quiera verse, tales temperamentos podían ser considerados un "plan de empresa", dicho en el sentido que la doctrina le acuerda, y ya sea en estado proteico o acabado. Lo que no parece admitir duda es que el cumplimiento de los estándares de conducta de los dirigentes sociales constituye una exigencia insoslayable, también en el marco de un proceso concursal. La recepción de estos principios, ante la ausencia de prescripciones imperativas muy claras, va a depender de las mayores exigencias que el juez o los acreedores planteen al deudor. De hecho y en la práctica, durante la negociación de la propuesta, los acreedores "institucionales" demandan ciertas precisiones sobre la proyección de los negocios del concursado que pocas veces se transfiere al expediente. Sin embargo su acatamiento, por imperio del poder económico ejercido, resulta irresistible para el convocatario. Existe otro argumento (destacado por Richard en el trabajo citado), que puede servir de cartabón para dirimir la cuestión en favor del recaudo de la planificación en la propuesta de concordato. El art. 190 le impone al síndico presentar, dentro de los veinte días de asumir el cargo, un informe sobre la factibilidad de continuación de la empresa, a lo cual la ley 24.522 - recordemos-- le acordó carácter excepcional. En ese informe y de aconsejarse la continuación, según lo expresado por los

incs. 4º y 6º, el síndico debe: inc. 4): "... (presentar) el plan de explotación, acompañado de un presupuesto de recursos, debidamente fundado..." inc. 6) "...las reorganizaciones o modificaciones que deban realizarse en la empresa para hacer económicamente viable su explotación..."

Concluyendo: el síndico debe elaborar una verdadera planificación. Se impone preguntarse entonces, si es dable exigir menos al concursado que al síndico. Y se impone concordar con Richard cuanto por respuesta da un no rotundo (ob. citado). De allí, que esta cuña injertada por la ley 24.522, este "plan de administración" adosado como componente necesario de la propuesta concordataria, puede llevar al planteo de mayores exigencias para el deudor cuando propone la solución concordataria. Y a la vez puede paliar en alguna medida los defectos perniciosos del régimen concursal, tantas veces señalados por la crítica doctrinaria. . Ya sabemos que la de "interés público" es de aquellas locuciones a las cuales, --como alguna vez dijo Maffía--, hay que pedirles cartas credenciales. Sin embargo, la necesidad de contemplar una razonable planificación empresaria como parte integrante de la propuesta concordataria, parece un criterio que, apuntando al saneamiento empresario y por ende al del crédito bien puede esgrimirse como representativo de intereses superiores. En la deliberación de los "operadores jurídicos" se encuentra la posibilidad de acordar mayor sentido a la normativa vigente, aún reconociendo sus marcadas limitaciones".

Recójase esta visión constructivista de las obligaciones del concursado, de los administradores de la sociedad concursada, de integrar la propuesta con un plan de empresa¹⁰². Agradecemos esa traducción tan auténtica e integradora de nuestra visión, generando una línea de pensamiento -realmente de vanguardia dentro de los concursalistas expuestas por la jurista Lidia Vaiser.

Se advierte la influencia de apreciaciones doctrinarias concursalistas que ligan lo concursal con lo societario.

VIII - DESDE EL DERECHO DE LA ORGANIZACIÓN HACIA TODO EL DERECHO.

Ya hemos trazado el camino y avizado las cuestiones centrales.

Las relaciones de organización imponen una normativa y visión diferente de las relaciones de cambio bajo las que se construyeron las normas escritas¹⁰³.

El plan de empresa, o de negocios, es el mínimo que puede exigirse a un empresario que afronta una dificultad económica o financiera, y más aún si intenta superar un estado de cesación de pagos. El análisis de ese plan de empresa es el que permitirá evaluar si el propietario de ese patrimonio o sus administradores son merecedores de un apoyo que no imponga la necesidad de generar la ruptura de la relación jurídica propietario-patrimonio, mediante un juicio coactivo individual o general. Ya lo vimos en la concepción de Lidia Vaiser.

Quién no demuestra capacidad para superar sus propias dificultades, realizando un adecuado diagnóstico y proponiendo a sus socios, acreedores y/o financistas un plan razonable y congruente para su análisis, no puede ser merecedor de ninguna de las tutelas que el derecho y la economía aconsejan para estas situaciones. No corresponderá sino extirpar lo más rápido posible de la comunidad a quién con su actuación genera incumplimientos que, como un tumor canceroso, tiende a afectar la totalidad del cuerpo social.

"La empresa en cuanto a organización de los factores de la producción es una sola, es universal; lo que es distinto es el ropaje técnico como sostenía Paillosseau, que le concede cada país, a través de su ordenamiento societario en particular. los problemas que se detectan en la gestión empresaria, son iguales para todas las empresas, cualquiera fuera el país en que se desenvuelven."¹⁰⁴. "Para poder conocer como el directorio administra supervisando., debemos recurrir a la disciplina de la administración de empresas, la que nos indica que aquella se realiza mediante los documentos que debe elaborar la gerencia y someter a consideración de los directores. Estos documentos se conocen como contabilidad de gestión y entre ellos podríamos mencionar el plan de negocios o plan empresa, el flujo de ingresos y egresos proyectado y el informe mensual de gestión. El plan de negocios que debe proyectar el gerente general (funcionario permanente) y someter a la aprobación del directorio, contiene una enunciación de las actividades futuras que desarrollará la empresa, con un detalle cuantitativo y con una explicación de la conveniencia de su

realización"105.

El alcance de la llamada "conservación de la empresa" y la posibilidad de extender la protección a su continuidad al frente de la empresa, debe hacerse en doble análisis de viabilidad para determinar el merecimiento de una tutela. Ese examen lo debería hacer primariamente el mismo titular del patrimonio, constituyendo el plan de negocios.

Por otra parte, ese plan de empresa no es sino la Memoria que deben anualmente configurar los administradores de las Sociedades Anónimas, para asegurar una buena administración, formalizar un análisis de los negocios concluidos y prospectivo del futuro de la empresa, para su propio gobierno y examen de los accionistas.

Alberti¹⁰⁶ con la profundidad de su escalpelo jurídico subraya que "el concurso preventivo se desenvolverá incurablemente como una dialéctica solamente procedimental, destinada a cerrarse documentalmente cuando los acreedores acuerden con el insolventes vías de solución que continúan siendo principalmente, casi exclusivamente, un aplazamiento de la exigibilidad de los pagos, o una reducción de los montos a pagar. Bastaría para promover una modificación de ese desarrollo ritual de lo actualmente llamado retóricamente solución concordataria . que el concursado ha de exponer un plan de su futura actividad económica. pues la sola utilización del remedio jurídico no curará los males empresarios. La necesidad de requerir en el concurso la enunciación y difusión del llamado plan de empresa fue sostenida perspicazmente por Richard, en referencia al acuerdo preventivo prejudicial; formulando en torno de ello una exposición válida para toda forma concordataria. la carencia de ese plan provoca fatalmente la inoperancia de los esfuerzos aplicados a la concreción del acuerdo preventivo extrajudicial; como puede ser visto en su Efectos societarios de la insolvencia -Anales XXVI (1987) 161 de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba-... retomó el tema, por segunda vez hasta donde conocemos en su El "buen hombre de negocios" y el "plan de empresa" -Doctrina Societaria y Concursal, abril 1993 pág. 337-; .sostuvo . valerosamente al hacerlo en un medio más proclive a la tolerancia vergonzante que a la exigencia del cumplimiento de las obligaciones del tráfico, que un juez podría no homologar un acuerdo que no previera su factibilidad en una formulación mínima en torno de la viabilidad, expresada juntamente con la fórmula de la quita, espera u otras. Fue esta una tesis atinada; que indica constituir un debito implícito de la obtención del concordato con los acreedores, la formulación de un programa de operaciones ulteriores al acuerdo. la disponibilidad de ese plan permitiría advertir desde una etapa inicial del procedimiento, y casi inequívocamente la viabilidad de la empresa del insolvente. La exposición del plan de empresa, por el insolvente o quien hiciese suya la redención del pasivo y la propiedad de la empresa, elevaría el acuerdo concursal de mera apuesta a ideación intelectual de una obra por realizar. saneará el concurso preventivo de su actual empleo como artificio procedimental destinado simplemente a diferir."

Tenemos expresada posición crítica sobre la falta de eficacia de la legislación concursal¹⁰⁷: específicamente en torno a la aplicación de la normativa societaria cuando el concursado fuere una sociedad, por la obligación de los administradores societarios de presentar un plan o presupuesto de desempeño futuro, o plan de empresa, y a su responsabilidad individual -y extraconcursal- frente a nuevos acreedores luego de advertido el estado de cesación de pagos, amen de la aplicabilidad de las normas sobre imputabilidad aditiva al controlante torpe.

Justamente la Exposición de Motivos de la ley 22/2003, de 9 de julio, concursal del Reino de España, señala en el punto I "predominio de determinados intereses particulares en detrimento de otros generales y del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores, con la consecuencia de soluciones injustas, frecuentemente propiciadas en la práctica por maniobras de mala fe, abusos y simulaciones, que las normas reguladoras de las instituciones concursales no alcanza a reprimir eficazmente", remarcando en II "El deudor tiene el deber de solicitar la declaración de concurso cuando conozca o hubiera debido conocer su estado de insolvencia; pero tiene la facultad de anticiparse a éste". O sea que hace a la diligencia de los administradores societarios, particularmente, el no seguir operando en un estado de crisis que ha de desembocar en la insolvencia, usando de remedios concursales, aunque -agregamos- debemos suponer que intento los remedios societarios -lo que en la práctica no ocurre pues ellos mantienen un principio de equidad

del que puede zafarse en los procesos concursales en detrimento de los acreedores con enriquecimiento de los socios de la insolvente.

El equilibrio no puede restablecerse por un enriquecimiento sin causa -rechazado por la legislación mundial- sino por contratos entre partes que no afecten derechos de terceros. Este acerto valorístico tiende a poner en tela de juicio acuerdos de quita y espera que significan una transferencia de riqueza de los acreedores al titular del patrimonio (o a los socios de la persona jurídica titular del patrimonio), o a aceptar la posibilidad que terceros adquieran créditos de concurrentes para votar un acuerdo que genere esas quitas y esperas -en muchos casos que van más allá de lo que cada legislación considera confiscatorio-.

Aparece como una constante en nuestro país el integrar las necesidades patrimoniales de una sociedad para el cumplimiento de su objeto social (empresa) recurriendo al mercado de capitales. Se emiten obligaciones negociables sin claros planes de negocios de amortización de intereses y capital mostrando flujos de caja, y ante la menor crisis no asumen la capitalización de la sociedad -como impone la legislación específica- recurriendo al sistema concursal para lograr -a veces con sofisticada ingeniería jurídica- a quitas y esperas a cargo de los obligacionistas, que comportan posteriormente un enriquecimiento de los socios. Ello a través del balance postconcursal donde surge ese ajuste patrimonial con utilidades no logradas del giro normal de la empresa. Se trata de una suerte de "leverage buy out", de apalancamiento financiero soslayando la obligación de aportar por parte de los socios para usar los medios de la empresa y del mercado para beneficiarse con demérito de los acreedores, incluso generando costos de transacción y operacionales innecesarios para la sociedad, pero necesarios para lograr las utilidades marginales a la explotación del objeto social. Enriquecimiento de los socios y subsidio de los acreedores es el resultado.

Debe buscarse en la propia ley de cada país los principios rectores, los valores protegidos, la axiología concursal, para evitar desbordes que lleven a resultados no queridos, como el apuntado enriquecimiento sin causa y a la alteración de derechos de terceros a través del contrato, como se ha visto en el derecho argentino.

1. CONSTATAACIONES: EL DERECHO SOCIETARIO.

En la insolvencia societaria, que es a la que dedicamos estos esfuerzos, creado el patrimonio, generada la persona jurídica, la relación genética intenta el cumplimiento del objeto social con un patrimonio dado. La imposibilidad de cumplimiento del objeto social es causa de disolución e impone la liquidación del ente si no se absuelve la causal.

Descartada la liquidación societaria o por quiebra, debe enfrentarse el problema, o sea el antivalor: la incapacidad patrimonial generada por múltiples problemas que genera la insolvencia causal de disolución por imposibilidad sobreviniente.

La normología societaria trae soluciones, las mismas son a cargo de los socios en primer lugar y de los acreedores en segundo lugar. Es la forma de asumir los repartos con justicia ante los acontecimientos. Son los órganos societarios los que deben asumir esa solución en el campo privado, previsto en la normología societaria y sujeto al valor justicia, con equilibrio en los repartos conforme el ejercicio de la capacidad jurigenética y funcional que tienen los socios. Si estos no los asumen, por una regla de equidad -principal equity rule- quedan subordinados y son los acreedores los que deben asumir los riesgos, pero también los beneficios.

Por tal razón son abusivos y no pueden homologarse acuerdos concursales obtenidos por mayorías relativas, donde el reparto es injusto para los acreedores, generando una riqueza injustificada para los socios.

Se justifica así el principio de conservación de la empresa a través del método indirecto de conservar la sociedad, removiendo la causal de disolución a fin que pueda seguir cumpliendo el objeto, forma de darse la empresa y su conservación, al entender que existen intereses superpuestos al de los socios y de sus acreedores, cual son los empleados, la organización del mercado, la riqueza nacional, la comunidad donde esta inserta la empresa, etc.etc..

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" pueda solucionar su problema.

Es como un problema ecológico: si es disvalioso el operar en estado de cesación de pagos, importando incluso una causal disolutiva de una sociedad, debe evitarse la contaminación a otros y reducirse el foco contaminante, que de actuar tarde ya no podrá ser "salvado".

En momentos que legislación y posiciones, nacionales y extranjeras, marcan la tendencia a desjudicializar o privatizar el sistema del derecho concursal, o mejor dicho de prevención, parece adecuado reiterar nuestra posición con la aplicación de principios y normas del derecho societario, sin costes de transacción. Siguiendo esas nuevas tendencias hay que educar a los acreedores, particularmente los no informados, para que asuman la participación e incluso la conducción de la empresa, reemplazando a administradores ineficientes que no queriendo asumir oportunamente la crisis contrataron dolosamente con ellos. Principios "rectores" lo son sustituir la punición por la responsabilidad, la sanción por la reparación del daño, la calificación por la determinación de responsabilidad. Una doctrina permisiva tendió a limitar las acciones de responsabilidad en la quiebra a supuestos de dolo, llevando a una sensación de impunidad en el obrar de esos administradores -contagiada a los administradores públicos- que transfieren el problema a terceros, a partir de cuyo exceso se viene registrando una tímida reacción.

Son los socios los que deben asumir las soluciones, no los acreedores, conservando la empresa que desarrolla la sociedad que constituyeron, o disolviéndola.

Sostuvimos que los administradores de esas sociedades, y los socios de control, ante la crisis no adoptan ninguna de las medidas o vías que les ofrece el sistema societario: no llaman formalmente a los socios a considerar como afrontar la crisis. No se expresa ello ni en Asambleas ni en Reuniones Generales, y menos aún se les convoca para aumentar del capital social, reintegración del mismo, reorganización de la empresa, venta de activos inactivos, y particularmente a una capitalización de pasivos por negociación con acreedores.

No asumidos los problemas de la crisis en lo básico, la discusión debería recaer en la disolución por alguna causal, fundamentalmente por la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social, como forma de exteriorizarse la idea de empresa.

Lejos de ello, se suelen advertir maniobras oscuras y contrarias a deberes fiduciarios de los administradores tales como devolución de préstamos a personas vinculadas, o satisfacción de cuentas personales, o de aquellas que registran fianzas de los socios de control o administradores, e incluso la decisión de no aumentar capital social y devolver aportes irrevocables. Ello ha llevado a diversas respuestas de la legislación, particularmente a la revocabilidad de esos actos y la apreciación de esos créditos como subordinados.

Adviértase la sencillez, para lograr el equilibrio a bajo costo, de la capitalización del pasivo, donde se eliminan todos los costes de transacción para salir de la crisis y se transforma la situación patrimonial de la sociedad.

En cambio la quita y espera lograda en un concurso, enriquece a los socios que no capitalizan, además de los altos costos de transacción, y las maniobras por las que terceros adquieren créditos con grandes desembolsos para luego renunciar a su íntegro cobro votando quitas y esperas predatorias para imponérselas a los acreedores convocados.

El cuestionamiento se consolida toda vez que los propósitos del derecho concursal (sobreser el estado de cesación de pagos, asegurar la conservación de la empresa) pueden lograrse compartiendo los socios con los acreedores la titularidad del capital social. Creemos haber dejado de resalto los remedios disponibles, requiriendo el debate profundo para devolver la eficiencia del derecho de crisis, sin responsabilidad para los administradores societarios o los socios.

2. En las relaciones de cambio el valor justicia tiene una dimensión, que en épocas de crisis fue paliado con el "esfuerzo compartido" al romperse el sinalagma contractual por eventos ajenos a la voluntad de las partes (crisis sistémica por decisión política). En las relaciones de organización la cuestión tiene similar característica pero otra proyección. Y esa proyección toma especiales características cuando existe una "empresa". Allí el valor solidaridad, esfuerzo compartido, desaparece en torno a un sujeto de derecho, para volcarse en la actividad -que es como concebimos

a la idea de empresa-. Sin embargo, con visión de las relaciones de cambio, en el derecho concursal la "empresa" es usada como escudo de apropiación de los repartos por el mismo que generó los incumplimientos en cadena. En los casos de sociedades, personas jurídicas, en supuesto beneficio de ésta confundiéndola con la empresa, y por su intermedio de los propietarios de las participaciones societarias, normalmente accionistas o cuotistas. Situación que llega a límites de ilegalidad absurda cuando planifican esa apropiación no asumiendo soluciones societarias, demorando la presentación en concurso y a través de éste logran repartos predatorios en perjuicio de sus acreedores. Ello es congruente con la axiología expuesta.

La capitalización del pasivo es la forma societaria de afrontar la crisis. Un acuerdo expropiatorio -sin indemnización- de quita y espera para ser constitucional debería ir unido a que los acreedores compartieran el patrimonio social, como una forma de compensación. Ello devuelve a lo que sostuvimos en el año 1981 en torno a la "Conservación de la Empresa", recordando a Abadesa "la remodelación tiende a salvar la empresa, no a aquellos que deben sufrir la responsabilidad y riesgo de la insolvencia".

Congruentemente como lo señalan Barreiro y Truffat "lo dirimente es poner la cuestión en manos de los socios. Estos tal vez decidan la capitalización de la empresa o admitan su fusión por absorción con otro ente más saludable". Omiten la más sensata medida, que es la capitalización de las deudas, que luego receptan cuando enfrentan -a mi entender es su único error- mi visión con la de Lorente: "Se vera a continuación que sobre el punto hay dos visiones: una extrema (la de Richard) quien quiere que los administradores respondan, incluso, por la socialización de pérdidas que importan las soluciones preventivas. Otra más moderada (la de Lorente) -que es la que nos resulta más cercana- donde lo que se pretende es que el énfasis del rescate de la empresa esté en preservar a ésta y al el interés de los acreedores, antes que al interés de los socios". Y páginas más adelante concluyen apoyando la posición de Lorente "Ya no se trata tanto de que alguien responda por los "daños" de la insolvencia sobre el patrimonio de un acreedor concreto (aunque esta hipótesis no es descartable) sino que -frente al desangelado fenómeno de la insolvencia- las cargas del daño se repartan equitativamente; siendo intolerable que el sacrificio de los acreedores permita a los socios tener una sociedad renacida. Si hay padecer deben sufrirlo todos, pero en especial los dueños. Si hay éxito deben gozarlo todos, pero en especial los acreedores". Hay daño y hay formas prioritarias de enfrentarlo en beneficio de la empresa conforme al "esfuerzo compartido".

Nos hemos apoyado en la "absolute equity rule"¹⁰⁸ -recordada por Lorente-, para sostener la necesidad de aplicar el art. 197 2º LS, sobre capitalización del pasivo si es que los socios no quieren capitalizar, antes de pensar en presentarse en concurso. Y que las propuestas son abusivas, incluso inconstitucionales¹⁰⁹ si junto a las quitas y esperas no hay una capitalización de la diferencia, pues en caso contrario hay un despojo a los acreedores en beneficio de los socios. Una propuesta de quita y espera sin esa contrapartida en la participación en el capital, o alguna forma de negocio participativo, es inconstitucional por violar el derecho de propiedad (art. 17 C.N.).

3. La doctrina italiana reitera que la reforma de la legislación concursal ha omitido una regulación orgánica de la crisis y de la insolvencia de la sociedad, perpetuando una laguna de la legislación concursal hace tiempo criticada por la doctrina¹¹⁰, pero se asienta en la necesidad de que la cuestión se ponga en manos de los socios al determinar que la capitalización de la sociedad en crisis -sea la reconstitución del capital o la capitalización- o insolvente, requiere una decisión del órgano de gobierno, partiendo de la situación patrimonial determinada al tiempo de presentación en concurso preventivo conforme un balance extraordinario¹¹¹.

Se dice que cuando existen dificultades los socios ya no tienen interés de poner más dinero, pero tampoco se invita a los acreedores a participar en el negocio, y si se requiere a éstos un sacrificio que al alterar la composición del patrimonio les enriquece directamente.

En la perspectiva del derecho societario, el fenómeno de la reorganización puede ser encuadrado en la estructura normativa de la sociedad de capitales, con operaciones referidas al aumento de capital, participaciones u opciones para superar la crisis. A diferencia de la constitución de la sociedad, la fase de la reorganización afecta no sólo a los suscriptores del capital sino a una

pluralidad de sujetos extraños a la sociedad, pudiendo llegar a quedar en sus manos las decisiones sociales¹¹².

En un reciente trabajo del jurista Héctor Alegría Diálogo de economía y derecho y convergencias culturales y sociales en la insolvencia¹¹³, en el último capítulo, al referirse a los administradores de las sociedades en crisis, tiene a bien hacer una condescendiente referencia a algunos de nuestros trabajos en ese aspecto: "Un autor local que está trabajando el tema (Richard) dice: cuando se presenta la cesación de pagos o la insolvencia, el administrador tiene que variar su norte y ceñirse a una administración correcta de la empresa, a los pasos legales, administrativos o económicos financieros para la solución de la crisis, y si no lo hace responde ante los acreedores. No sólo a los accionistas que lo han nombrado sino también y fundamentalmente ante los acreedores". Ello (sin ser textual) representa nuestra posición ante el evidente apartamiento de esas conductas que resultan de informes generales en concursos preventivos que apuntan cesaciones de pago de larga data sin que se adopte ninguna previsión antes de convocar a los socios a ratificar la presentación en concurso; o que resulta de los libros societarios si es que no se han incendiado o sustraído por terceros-. Esa forma de administrar debe serlo desde la constitución de la sociedad.

Sigue el distinguido jurista "ante una crisis el administrador debe tomar decisiones, a veces imaginativas y otras desafiantes. Si ese administrador está sujeto a rigores extremos, algunos juzgados sólo ex post o sobre presupuestos meramente formales, es altamente factible que limite su accionar, con perjuicio de la empresa y de su recupero. También esa rigurosidad puede incidir en la selección de nuevos administradores de una empresa en crisis, pues cabe que se restrinja o desaparezca la posibilidad de incorporar personas capaces, o bien que quienes acepten circunscriban su actividad y no sean eficaces para la solución".

Hemos tranquilizado al distinguido amigo. En forma alguna pretendemos que el administrador asuma el riesgo del mercado o del error en la planificación, sino que tome conciencia que de una actitud omisiva o desleal puede resultar responsabilidad, si se aparta de ese interés social, o si no adopta las medidas tendientes a su cumplimiento, frustrándolo indirectamente¹¹⁴. Concretamente debe poner la cuestión en manos de los socios, presentándoles algún plan para afrontar la crisis. Es el mismo criterio previsto por Alegría en el año 1983¹¹⁵ al pergeñar las soluciones regladas en los hoy derogados arts. 125.1/125.2 de la ley 19551, que sometían la validez de los actos a la razonabilidad de un plan, juzgado recién al fracasar pero con la óptica de ser descartable a la fecha de su presentación.

Particularmente en orden al conflicto de intereses que se genera en lo interno de la sociedad, en su dimensión contemporánea para la gran empresa, entre el interés de los socios, el interés de los partícipes -particularmente previsto en la nueva legislación italiana y no descartable en el sistema jurídico argentino- y los obligacionistas como inversores institucionales, se pone el énfasis en las obligaciones de los administradores, respecto a los procedimientos decisionales y organizativos diseñados ex ante¹¹⁶.

El problema resulta en que del incumplimiento de ciertos deberes de diligencia puede resultar responsabilidad para los administradores de la sociedad en dificultades.

4. Llevando la cuestión al justo punto, en Responsabilidad de los directores al ingresar la sociedad en la zona de insolvencia, Daniel Roque Vítolo¹¹⁷ remata su trabajo: "VI. Conclusión Ha señalado -en alguna oportunidad- Richard que el hipergarantismo lleva a inadvertir las maniobras artificiosas en el seno de sociedades para mantener su operatoria calificándola como normal pese a estar en estado de insolvencia. Aquello que Provinciali -recuerda el doctrinario cordobés- señaló como "ció que segna el con fine tra fisiología e patología nella vita del patrimonio", lo que es hoy habitual al señalar los informes generales previstos en el art. 39 del régimen concursal argentino, que el estado de cesación de pagos se produjo -en la mayoría de los casos "hace muchos años..." o al menos en un tiempo bastante más lejano que aquél que ha denunciado el concursado o el fallido; es decir que el patrimonio arrastraba una situación terminal dentro de la fisiología o funcionalidad de la sociedad; posición congruente con la de no requerir a los administradores societarios -como buenos hombres de negocios- la planificaron de la

funcionalidad societaria, para no perjudicar a terceros con los que contratan. Parecería que en nuestro régimen jurídico no habría resistencia para que pudiera acogerse el concepto desarrollado por el derecho norteamericano respecto de la zona de insolvencia. La ley 24.522, al igual que su anterior 19.551 aceptó el principio del estado de cesación de pagos como presupuesto objetivo para la solicitud de un concurso preventivo o la declaración en quiebra. . parecería prima facie que -dentro de nuestro ordenamiento legal- el test del flujo de caja (cash flow) sería el más adecuado para ajustarnos a poder determinar el ingreso de la actividad societaria a la zona de insolvencia. Sin embargo, a poco que se profundice el análisis podremos advertir que tanto la incorporación de un concepto amplio, respecto de lo que debe entenderse por estado de cesación de pagos, como que el análisis transaccional no necesariamente es revelador de esa situación sino que sólo puede llegar a serlo, llevan a que -desde nuestro punto de vista se deba recurrir -necesariamente- a los tres análisis simultáneamente: a) balance, b) flujo de caja, y c) evidencia transaccional, para que -de la comparación de los resultados que arrojen los mismos- los administradores de sociedades comerciales puedan determinar claramente si la sociedad está ingresando o ha ingresado en la denominada "zona de insolvencia" o si, por el contrario, se encuentra fuera de ella. Advertido esto, dentro de las pautas de conducta que se marcan en el art. 59 de la ley 19.550, los administradores deberán tomar muy en cuenta los caminos a seguir, ya que su pasividad, tolerancia o la decisión expresa de continuar operando en la zona de insolvencia -sin tomar medidas específicas respecto de ello-, resultarán -necesariamente- elementos generadores de responsabilidad dentro de ese marco tan atípico cual es la responsabilidad societaria; en especial en el caso de los directores de sociedades anónimas donde la responsabilidad deviene del carácter solidario con que la ley imperativamente sanciona a los integrantes del órgano de administración. Del mismo modo, cuando la conducta en este sentido adquiera carácter doloso, las responsabilidades concursales pertinentes también resultarán aplicables".

España ha afrontado la cuestión en la legislación societaria. "Tres son las piezas que componen ese mecanismo legal: el deber de los administradores de convocar junta general en el plazo de dos meses desde que concurra causa de disolución, la admisión expresa de la disolución judicial cuando la sociedad no proceda a acordar la disolución o la remoción de la causa, para lo cual se concede legitimación a cualquier interesado y se impone un deber de solicitud a los administradores; y la imposición a los administradores de una sanción consistente en la responsabilidad por las obligaciones sociales, cuando incumplan cualquiera de los deberes indicados. La más llamativa de esas disposiciones es, sin duda alguna, la que sanciona a los administradores con la responsabilidad solidaria por las deudas sociales (arts. 265, incs. 2º y 5º, LSA, y 195, inc. 5º, LSRL), algo que puede sorprender en sociedades en las que los socios no responden de las deudas sociales (arts. 1º, LSA, y 1º, LSRL)" 118. "Con el art. 262, inc. 5º, de la ley (española) persigue la misma finalidad. Pero en lugar de quedarse pasivamente esperando a que de forma espontánea los administradores y los socios lleven a cabo las actuaciones conducentes para conseguir la disolución, el legislador del 89 da un importante paso adelante: ha configurado un recurso (la extensión de responsabilidad por deudas) para disuadir a los administradores, con una sociedad en estado de disolución entre sus manos, de que contraigan nuevos compromisos con terceras personas; pero un recurso que al propio tiempo facilita el remedio para salvaguardar los intereses de los terceros sorprendidos en su buena fe: los terceros, en caso de incumplimiento por la sociedad deudora, podrán dirigir su poder de agresión contra el patrimonio personal de los administradores a quienes se hace garantes (responsables) solidarios del buen fin de las obligaciones contraídas" 119.

Con esta visión se construye un sistema de preconcursalidad desde el derecho societario. Recuérdense que la ley de sociedades argentina autoriza el aumento de capital, la capitalización del pasivo -que es una forma de superar las dificultades y que en tal caso se extinguen las fianzas y garantías personales de terceros, impone la reintegración del capital social, y soluciones liquidatorias privadas al no poder alcanzarse el cumplimiento del objeto social -empresa-, si los socios no deciden remover el obstáculo, y otorga amplias formas y técnicas de reorganización y reordenamiento del negocio. Con Ángel Rojo mantuvimos muchas conversaciones sobre el punto antes de la formulación de los proyectos españoles, lo que nos llevó en el año 1995 a generar un

proyecto novedoso en torno a la responsabilidad de administradores societarios por no haber afrontado la crisis y desde la óptica del derecho de daños 120 .

Tender a ultranza a mantener a la empresa, si no se tiene en claro su viabilidad y el bien jurídico protegido, puede ser sinónimo de proteger al empresario incapaz o fraudulento, como lo señalaba R. Franceschelli¹²¹. La responsabilidad social de la empresa, como concepto ético debe restablecerse y no puede sustituirse por un criterio pragmático de respaldo al empresario incapaz de autoprogramación.

Encontramos esta construcción en la legislación colombiana. El art. 23 de la ley colombiana de Insolvencia Empresaria dispone que "Durante el trámite del proceso de reorganización queda suspendido de pleno derecho, el plazo dentro del cual pueden tomarse u ordenar las medidas conducentes al restablecimiento del patrimonio social, con el objeto de enervar la causal de disolución por pérdidas. Ello es congruente con el bien jurídico de eliminar el estado patrimonial que afecta el desarrollo y conservación de la empresa.

La continuidad de la actuación de la sociedad sin afrontar la eliminación de las causales de disolución, genera la responsabilidad de administradores, que "puede serle extensiva a los socios si lo consintieron o beneficiaron con ello"¹²².

IX - MEDITACIONES FINALES.

Creemos haber determinado que existen principios y hasta un cierto orden público en torno a la empresa, desde una axiología del derecho concursal contemporáneo. No se dubita en atender a la empresa y su mantenimiento funcional (conservación), como un valor en sí mismo en orden a los intereses que concilia. En esa conservación y en el equilibrio de los intereses convergentes veremos satisfechos los valores seguridad y justicia, y dentro del sistema de justicia la eficiencia de la respuesta, su oportunidad, la equidad en los repartos.

No hay duda que la cesación de pagos -o su inminencia, la insolvencia o los grados menores de crisis financiera o económica- son las situaciones patrimoniales críticas de un patrimonio que alterando las relaciones individuales -y contaminando el mercado- aconsejan y permiten la actuación concursal.

Claro que sería una visión miope no considerar que esa situación crítica no debió ser afrontada con anterioridad, conforme la técnica de organización jurídica que correspondiera.

La conservación de la empresa como expresión significa mantener un patrimonio funcional para el cumplimiento del objeto.

Afrontando la crisis se tutelan múltiples intereses, específicamente la conservación de ese patrimonio y de la empresa -con o sin sus administradores originarios-, la estructura formal organizativa, la consistencia del patrimonio como prenda común de los acreedores, una fuente de puestos de trabajo y la satisfacción de la comunidad donde la actividad esta instalada.

1. Como anticipamos, la funcionalidad y la legislación societaria tienen hoy normas y recursos que permiten reencauzar las crisis patrimoniales. Son fundamentales las previsiones en torno a como debe procederse cuando se detecten o produzcan causales de disolución, facilitando la remoción de las vinculadas a aspectos patrimoniales las de aumento o reintegración del capital social, aumento por capitalización de pasivos, solución esta última que debería anticiparse a la apertura de cualquier concurso, como lo hace la ley concursal de Colombia, vinculando ambas legislaciones.

La conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios. Les impone conservarla, es un deber de esos administradores poner la cuestión en manos de los socios con planificación para conservar la empresa si es posible o disolver la sociedad para evitar la diseminación del problema. Es una cuestión de derecho privado. Obviamente que tal reorganización podría ser asumida directamente por la sociedad como una propuesta de acuerdo preventivo extrajudicial o judicial, incluso cuando no lo hubieran logrado en un intento absolutamente privado siguiendo la vía prevista de la capitalización de pasivo (art. 197

LS), que es cuidadosamente ignorado por los administradores dolosos. A veces sospechamos que los esos administradores ignoran la gravedad de sus conductas por la falta de un adecuado asesoramiento.

Todo ello es conforme al "bien jurídico tutelado por la legislación concursal"¹²³ y a las obligaciones-deberes de administradores societarios de actuar como "buenos hombres de negocios" y "conservar" la empresa, manteniendo funcionalmente posible la estructura técnica societaria.

2. La capitalización del pasivo es la forma societaria de afrontar la crisis si es que lo socios no deciden patrimonializarla o reorganizarla de otro modo. Un acuerdo expropiatorio -sin indemnización- de quita y espera para ser constitucional debería ir unido a que los acreedores compartieran el patrimonio social, como una forma de compensación. Ello devuelve a lo que sostuviéramos en el año 1981 en torno a la "Conservación de la Empresa", recordando a Abadesa "la remodelación tiende a salvar la empresa, no a aquellos que deben sufrir la responsabilidad y riesgo de la insolvencia".

Nos apoyamos en la "absolute equity rule"¹²⁴ -recordada por Lorente-, para sostener la necesidad de aplicar el art. 197 2º LS antes de pensar en presentarse en concurso. Y que las propuestas son abusivas, incluso inconstitucionales¹²⁵ si junto a las quitas y esperas no hay una capitalización de la diferencia, pues en caso contrario hay un despojo a los acreedores en beneficio de los socios. Una propuesta de quita y espera sin esa contrapartida en la participación en el capital, o alguna forma de negocio participativo, es inconstitucional por violar el derecho de propiedad (art. 17 C.N.).

A la comunidad, al país, a los trabajadores, a la economía en general, es indistinto quiénes sean los titulares del capital social. Y no puedo aceptar que se enriquezcan quiénes se marginaron del sistema privado de solucionar el problema, que es el societario, eventualmente asumiendo tempestivamente un sistema concursal o preconcursal, imponiéndose el esfuerzo compartido en salvaguarda de la empresa, convergiendo en el capital social todos los interesados -u otorgando otros beneficios participativos-, sin excluir de posibles beneficios futuros a los acreedores.

3. Sólo a través de transportar los fundamentos de la actuación tempestiva a las sociedades ante la crisis, en la tramitación y homologación de un acuerdo preventivo -subrayando el riesgo de asumir responsabilidad administradores y socios, se podrá con visión globalizante asegurar la conservación de la empresa viable, y mantener el equilibrio distributivo entre la sociedad deudora y sus acreedores.

No son ajenas a esta concepción axiológica sobre los valores que rigen el sistema concursal las referencias a las intervenciones de los acreedores en los procesos de reestructuración¹²⁶.

4. Este ensayo deja abierta la conveniencia de converger sobre una axiología de la empresa, o mejor aún de las relaciones de organización, para atender desde la genética (concepción) hasta la liquidación (muerte), y a través de su funcionalidad (vida) de la empresa (sociedad) colaborando con la interpretación constructivista en el perfeccionamiento y simplificación del sistema normativo, y en la predictibilidad de las conductas (de jueces y de administradores y partícipes de esas relaciones).