

"PLATA DULCE ¿O AMARGA?"

Efraín Hugo RICHARD

Publicado como PRÓLOGO (PÁGINA DEL DIRECTOR) en ENSAYOS DE DERECHO EMPRESARIO número 4, publicación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, editado por FESPRESA, Córdoba, noviembre 2008, págs. 15 a 23.

1. La empresa productiva viene sufriendo importantes impactos. Durante dos décadas nos insinuaron que la inversión financiera era la más segura y rentable. Así en nuestro país muchísimas empresas se vendieron a capitales venidos del exterior, y se colocaron en el mercado financiero no autorizado (indirect doing business).

Desde 1995 señalamos que la convertibilidad argentina estaba herida mortalmente, al mantener el déficit fiscal, y que la cobertura de ese déficit con préstamo externo incidiría inexorablemente sobre el futuro del siguiente gobierno. La predicción lamentablemente era correcta, y también sus efectos sobre la actividad productiva por pérdida de competitividad por la paridad cambiaria.

Cuando esa predicción comenzó a plasmarse en la corrida financiera, facilitada por aquella actividad bancaria ilícita, pronosticamos una crisis financiera mundial.

La reflexión era inevitable ante el aparente exceso de dinero en el mundo, constituyendo lo que llamábamos la globalización financiera, muy lejos de una globalización económica, donde la necesidad de colocar esos excedentes llevaba a los brokers a crear productos financieros derivados, con múltiples derivaciones, generando la apariencia de ganancias con cada uno de ellos para captar a los inversores.

Se olvidaban que lo único que produce ganancias reales es la actividad productiva, la que razonablemente puede compartir la inversión financiera que la acompañe y facilite, pero nunca puede resultar ganancia de la mera recirculación financiera. Ello era aparente y generaba burbujas de sobrevaluación, cuando no "errores" contables, afectando esa especulación a las commodities.

La llamada burbuja inmobiliaria fue el primer síntoma. Pero la enfermedad prosigue. Esta semana la presentación en concurso preventivo (chapter 11) de la controlante del banco de inversión Lehman Brothers, en USA, conmocionó a los mercados de capitales y bolsas de valores de todo el planeta.

No queremos pronosticar como sigue este thriller.

2. La idea que la riqueza hay que obtenerla sin trabajar también se gestó en esa primera década a través de las privatizaciones. En la época de "privatizaciones" advertimos la práctica del leverage buy out, o sea del apalancamiento financiero por el cual se usaba el patrimonio de la sociedad para satisfacer las obligaciones de los socios.

Tal práctica, no autorizada por nuestra legislación societaria -ni por ninguna del mundo en la forma que se la usó-, permitió que al recibir por el sistema de "privatización" el 85% de las acciones de una sociedad sin deuda, el precio de esas acciones comprometido por los adquirentes "privados" era satisfecho con bienes de la sociedad, perjudicando a ésta e indirectamente al Estado que retenía el 5% y a los trabajadores a los que se les asignaba el 10% con el programa de propiedad participada (los porcentajes podían variar en cada caso).

El Poder Ejecutivo Nacional "no advirtió la maniobra"2 en ningún caso, incluso la facilitó como veremos.

La intervención de un Poder Ejecutivo Provincial cambió la historia en uno de los casos.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fallo del 12 de julio de 2001 en la causa "CHUBUT, Provincia del c/ Centrales Térmicas Patagónicas S.A. s/ Sumario", consideró ilegal y de nulidad absoluta el apalancamiento financiero resuelto por el grupo mayoritario de la sociedad demandada, haciendo asumir a ésta las deudas que esos accionistas habían tomado a su cargo en el

proceso licitatorio.

La Corte hizo referencias a que las resoluciones asamblearias realizadas desde el año 1994 donde se habían resuelto por el grupo mayoritario la asunción por Centrales Térmicas Patagónicas S.A. de deudas no contraídas por ella, son nulas de nulidad absoluta, pues los socios de la demandada no estaban habilitados para deliberar y decidir cuestiones que atentasen contra el interés social y orden público y las buenas costumbres, que además agravaron ilegítimamente la situación patrimonial de una empresa cuyo objeto concierne al interés general.

De esta manera la Corte se pronunció en una cuestión que fue introducida solapadamente con las privatizaciones en la década del 90: el apalancamiento financiero de los socios con la sociedad para asumir deudas de aquellos, denominado eufemísticamente "leverage buy out", aceptado por alguna legislación para supuestos diferentes, y rechazada por otra en cualquier supuesto.

Adviértase que la cuestión fue promovida por el socio provincial y no por el Estado Nacional, que luego necesariamente adhirió pero que venía tolerando ese apalancamiento financiero.

La calificación que hace el máximo Tribunal elimina toda cuestión en el derecho argentino, y la determinación como actos nulos de nulidad absoluta, inconfirmables e imprescriptibles, trae a cuento algún otro caso como el de Aerolíneas Argentinas³.

Sin embargo una mirada miope no ha permitido advertir los caminos que el derecho brinda para poner en orden estas cosas. Claro que en vez de miopía puede ser codicia.

3. Esa idea sobre que la utilidad de la actividad productiva es magra, se advierte también en lo que ha venido, y viene acaeciendo en los concursos preventivos y APes en nuestro país.

Utilidades fabulosas se logran al imponer a los acreedores de alguna o de todas las categorías, quitas y esperas ajenas a los mercados, permitiendo generar y, a veces, hasta repartir utilidades no devengadas de la explotación de la empresa, o sea el objeto de la sociedad vehículo de organización de la empresa.

4. Vinculado a la cuestión de cómo pueden aprobarse propuestas írritas, en el análisis de la praxis concursal se advierte que la aprobación de propuestas predatorias de quitas y esperas esta unida al voto de ciertos terceros que sustituyen a acreedores convocados, renunciando a privilegios y actuando en forma contraria a la posición jurídica de acreedor. Es público y notorio la planificación de la insolvencia por los administradores-socios de una sociedad insolvente⁴, 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 impone algunas consideraciones

Sobre el punto se alzan importantes voces:

En ese sentido un pensamiento de Truffat⁵: "La labor doctrina y jurisprudencial, por un fenómeno endogámico que muchas veces afecta a todo cenáculo o grupo más o menos cerrado, puede -en muchas ocasiones- no sólo desatender la meta de la justicia substancial (llevando a la futura desobediencia de la ley) sino, lo que es mucho peor, a construir sistemas fuertemente ritualistas. Sistemas en los que se pierde el norte a perseguir -la consecución de la justicia- y donde todo, al modo de elaborados ritos de cultos esotéricos, gira en derredor de las formas... lo ciertos que la "gran literatura" concursal se ha detenido más en cuestiones procesales, incluso: procedimentales, que en el análisis sustantivo de dispositivos transcendentales para el tratamiento del tópico concursal... La cómoda solución de hacer tabla rasa con principios de derecho civil o mercantil invocando "el espíritu" de la normativa falencial, o sus "principios" o escudándose en el orden público concursal, no puede tolerarse sin un severo análisis de cuando y cómo, en verdad, se produce una tensión entre las soluciones habituales y la normativa específica para un cesante. En el plano de la formulación de una propuesta de acuerdo y en la recolección de conformidades, tales temas son habitualmente solventados "de un plumazo", muchas veces pretendiéndose un alcance de la normativa concursal que esta no tiene, ni puede llegar a tener".

Granados⁶ lanza también la duda "Tampoco veo la mejoría del pequeño o mediano proveedor que ayudó a mantener la empresa y hoy es un quirografario que, o acepta la propuesta para seguir

vendiendo o tiene que sufrir las mayorías obtenidas, vaya uno a saber cómo". Nosotros sabemos cómo.

Vaisier expresa⁷ "Entiendo asimismo que la búsqueda efectuada por el juzgador surge explícita del decisorio y destaca para terminar, que no sólo se reivindica la facultad del juez para indagar y merituar sobre la existencia de abuso en el ejercicio de los derechos, sino también en la existencia de fraude, en cuanto a la transparencia y verosimilitud de las mayorías obtenidas".

Porcelli⁸ sostiene que "la propuesta es abusiva cuando las condiciones y términos de ella, han sido impuestos por el deudor a su arbitrio, aprovechando una posición de fuerza por el manejo o manipuleo de la mayoría y de esta forma, las prestaciones a que se obliga dependen, en definitiva de su voluntad; y no son fruto de un consenso necesario e imprescindible, para un equilibrio entre intereses antagónicos tal como lo exige toda solución reversiva de la crisis que contemple los derechos de todos los afectados".

También trasuntadas 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. A ello se suman 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 aquéllos 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 aquéllos 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".

Duro ¿no?

5. Sin referirse a los abusos en los concursos, que motivan las sospechas precedentes, Pitirim A. Sorokin¹¹ 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 desenfundada 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".

Es difícil hacer pronósticos hoy sobre la profundidad de la crisis. Sólo perseverar en preservar el sistema jurídico, abogando por la eficiencia del sistema judicial, luchando contra la corrupción y apostando al desarrollo del sistema productivo.

6. El Dr. Francisco Quintana Ferreyra, en cuya memoria se ha publicado el n°3 -donde formalizamos su perfil personal y académica- y el presente de Ensayos de Derecho Empresario, recordará nuestras compartidas preocupaciones en los 70 en torno a la "conservación de la empresa", buceando en la comprensión jurídica de la "empresa" y del rol de sus intervinientes en "conservar" la misma y la estructura que le permitire su desarrollo.

A los integrantes de la escuela comercialista cordobesa nuestro particular recuerdo por lo que generaron y nos impulsaron en esa "orientación renovadora" que refiere Sorokin.

Efraín Hugo RICHARD