

# Revista ESTUDIOS DE DERECHO EMPRESARIO

La Escuela Comercialista de Córdoba y sus  
Proyecciones



Departamento de  
Derecho Comercial  
Dr. Mauricio Yadarola



UNC

**Director Académico:** Prof. Emérito Dr. Efraín Hugo Richard

**Vicedirectora Académica:** Prof. Ab. Luisa Borgarello

**Coordinadora Académica:** Prof. Ab. Esp. María Fernanda Cocco

**Editor Responsable de la Revista:** Prof. Emérito Dr. Efraín Hugo Richard

**Gestión de la Revista:** Prof. Ab. Luisa Borgarello – Prof. Ab. Esp. María Fernanda Cocco

**Colaboración en la edición y gestión de la Revista:** Ab. Romina Furiasse

**Consejo Editorial y Comité Evaluador de Referato:** Profesores Titulares Dres. Marcela Aspell, Vicente Aznar, Giselle Javurek, Francisco Junyent Bas, Orlando Manuel Muiño, Horacio Roitman, José Ignacio Romero, María Cristina Mercado de Sala y Efraín Hugo Richard.

Estudios de Derecho Empresario es una publicación del Departamento de Coordinación Docente Derecho Comercial y de la Navegación de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba y del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Tiene sede en la Facultad de Derecho, Obispo Trejo 242 Primer Piso – Centro (5000) – Córdoba – República Argentina.

Teléfono: 0351-4332060 Fax: 0351-4332066

E-mail: [fernanda.cocco@unc.edu.ar](mailto:fernanda.cocco@unc.edu.ar)

Website: [www.derecho.unc.edu.ar](http://www.derecho.unc.edu.ar) [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)

**Índice**

Prólogo	Pág. 5
<b>Doctrina</b>	
La escuela comercialista de Córdoba y la academia - <i>Juan Carlos Veiga</i>	Pág. 7
¿A dónde vamos? - <i>Efraín Hugo Richard</i> .	Pág. 11
Añejas meditaciones sobre el bien jurídico que tutelaría un sistema concursal - <i>Efraín Hugo Richard</i> ,	Pág. 20
<i>Gebhardt</i> .	Pág. 27
Empresa viable - <i>Expositores: Alicia Kurlat, Bernardo Carlino y Mario Holand. Coordinador: Marcelo</i>	
<i>Gebhardt</i> .	Pág. 27
Informe de gestión y responsabilidad ¿Hacia una responsabilidad diferenciada? <i>Expositores: María</i>	
<i>Fernanda Cocco, Jorge Fernando Fushimi y Raúl Nisman. Coordinadora: Laura Filippi.</i>	Pág. 34
Sobre la necesidad de regular el financiamiento post concursal (con o sin pandemia). ¿Estamos ante	
un nuevo modo de ver la cuestión en el horizonte de sucesos? - <i>Marcelo Barreiro y E. Daniel Truffat</i> .	Pág. 37
La Business Judgment Rule en el derecho societario de los Estados Unidos - <i>Héctor José Miguens</i> .	Pág. 45
Herramientas Preventivas en Materia Concursal - <i>Expositores Martín ARECHA, Darío GRAZIABILE y</i>	
<i>Silvana CHIAPERO. Coordinador Daniel VITOLO.</i>	Pág. 64
Propuestas para Acreedores Privilegiados No Comprendidos en el Acuerdo - <i>Expositores Carlos</i>	
<i>Vanney, Ana Amaya y Ricardo Javier Belmaña. Coordinadora Alicia Kurlat.</i>	Pág. 71
El derecho societario de crisis. relaciones entre el derecho concursal y el societario - <i>Exposición oral</i>	
<i>de Efraín Hugo RICHARD en el panel "Relaciones del derecho concursal con otras disciplinas" junto a</i>	
<i>Angel Luis MOIA y Osvaldo Chomer.</i>	Pág. 81
La empresa familiar y la quiebra (Síntesis del conversatorio organizado por el Instituto de Derecho	
Comercial de la Universidad Nacional de Córdoba y el ARCA) <i>Expositores Sixto J. Sonzini Atudillo, J.</i>	
<i>Marcelo Villoldo y José Botteri. Coordinadora Lucía Spagnolo.</i>	Pág. 86
La quiebra por extensión. Mecanismos. Utilidad. ¿Supervivencia? - <i>Expositores: Fernando Javier</i>	
<i>MARCOS, Fabiana PEREZ y Miguel Ángel RASPALL. Coordinadora: María Cristina DE CÉSARIS</i>	
	Pág. 92
El proceso de Reorganización Concursal de Estados Unidos (Chapter Eleven del United States Code).	
Comparación con los procedimientos extrajudiciales de reorganización - <i>Héctor José Miguens</i>	
	Pág. 109
¿Es el art. 144 CCC una herramienta para responsabilizar a funcionarios públicos? <i>Efraín Hugo</i>	
<i>Richard</i> , Publicado en el Libro "HOMENAJE DEL INSTITUTO NOROESTE DE LA ACADEMIA NACIONAL	
DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA AL PRESIDENTE HONORARIO PROF. DR. JULIO I.	
ALTAMIRA GIGENA", Directores: Dres. Juan Carlos Veiga y Rodrigo Padilla, Coordinador: Dr. José H.	
Sahián.	Pág. 132

**Reseñas**

Prólogo de Efraín Hugo Richard, en el Libro "Garantías Modernas en el Código Civil y Comercial. Fideicomiso de Garantía. Cesión en Garantía. Garantías a primera demanda. Factoring. Lease Back o Leasing de retro". Autor: Humberto G. Vargas Balaguer. Ed. Astrea, 2021. Pág. 145

Prólogo de Efraín Hugo Richard, en el Libro "Derecho Argentino de Sociedades". Autor: José Pablo Sala Mercado, Ed. Lerner, 2021. Pág. 152

## Prólogo

1- Iniciamos esta edición con el ensayo del Prof. Emérito Dr. Juan Carlos Veiga, Miembro Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, y Director de su Instituto del Noroeste, intitulado “La Escuela Comercialista de Córdoba” donde abarca casi un siglo de su desarrollo con la labor de Mauricio Yadarola, hasta los desempeños actuales del Departamento de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba que lleva su nombre, y el Instituto de la Empresa de la Academia fundado en 1988.

Esa Escuela y sus más notables miembros, ya fallecidos, la hemos pintando en los nueve números de “Ensayos de Derecho Empresario”, la Revista que publicáramos inicialmente con la colaboración de FESPRESA, y que luego por razones económicas y de inmediatez fuera sustituida por esta Revista Electrónica, cobijada en el portal de la Universidad, “Estudios de Derecho Empresario”, cuyo número 23 estamos publicando.

La misión de esa Escuela puede verse en los Conversatorios virtuales del ciclo “Empresa y Crisis. Propuestas innovadoras pensando el derecho comercial para la Argentina”, que se realiza de manera integrada con el “Seminario Anual del Instituto de Derecho Comercial”, que venimos desarrollando desde esas Instituciones con el apoyo de otras entidades universitarias, académicas y profesionales, de las ciencias económicas y jurídicas, los que abrimos el 23 de febrero y cerraremos el 24 de noviembre del corriente año. Todos ellos accesibles y consultables en el canal de YouTube del Departamento de Derecho Comercial cuyo link compartimos para los interesados <https://www.youtube.com/playlist?list=PLhPCfZzNJ689h7awBwkpDu-qXUw4UGogt>, dirigidos por los Dres. José Fernando Márquez y E. Daniel Truffat y la Ab. Esp. María Fernanda Cocco, bajo la coordinación general del Dr. Efraín Hugo Richard a la que se sumaron, en el segundo semestre, la Ab. María Cristina Mercado de Sala y el Ab. Cr. Jorge Fernando Fushimi y los Consejos Académicos integrados por los Profs. Luisa Isabel Borgarello, Lidia Vaiser, María Cristina Mercado de Sala, Francisco Junyent Bas, Horacio Roitman, Raúl Nisman, Gabriela Calcaterra, Orlando Manuel Muiño, Rafael Manóvil, Juan Carlos Veiga y Miguel C. Araya.

Ahora navegamos hacia el XV Congreso Argentino de Derecho Societario y XI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, cuya organización han asumido la Universidad Nacional de Córdoba desde el Departamento de Derecho Comercial y la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales desde su Instituto de la Empresa, a realizarse desde el día 9 de octubre de 2022 en la Ciudad de Córdoba, en forma presencial, aunque no descartaremos lo que hemos desarrollado desde hace un año y medio con los vínculos virtuales internacionales, nacionales y locales.

2. La preocupación que invade a nuestra comunidad, es traducida en el ensayo ¿A DONDE VAMOS?, aunque centramos este número de Estudios de Derecho Empresario este número en el próximo XI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IX Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, a realizarse en Bahía Blanca del 18 al 22 de octubre del corriente año, en con trabajos vinculados al derecho de crisis, acercando trabajos doctrinarios y también de esos conversatorios.

Lo iniciamos con un viejo ensayo Añejas meditaciones sobre el bien jurídico que tutelaría un sistema concursal, para luego apuntar lo que debe atender todos los procedimientos, y sobre los que se centra también el derecho comparado que es la “empresa viable”, dejando en segundo lugar a los acreedores y particularmente los sistemas que transfieren el riesgo de los socios a aquellos, con síntesis de los conversatorios “Empresa viable” donde expusieron Alicia Kurlat, Bernardo Carlino

y Mario Holand bajo la coordinación de Marcelo Gebhardt; “Informe de gestión y responsabilidad ¿Hacia una responsabilidad diferenciada?” donde expusieron María Fernanda Cocco, Jorge Fernando Fushimi y Raúl Nisman bajo la coordinación de Laura Filippi.

Introducimos después un notable aporte doctrinal de Marcelo Barreiro y E. Daniel Truffat titulado “Sobre la necesidad de regular el financiamiento post concursal (con o sin pandemia). ¿Estamos ante un nuevo modo de ver la cuestión en el horizonte de sucesos?”. Con un trabajo de Miguens damos un vistazo a los deberes de los administradores y su juzgamiento ante la crisis.

En orden a la normativa concursal, acercamos los conversatorios “Herramientas Preventivas en Materia Concursal” donde expusieron Martín Arecha, Darío Graziabile y Silvana Chiapero bajo la coordinación de Daniel Vítolo; “Propuestas para Acreedores Privilegiados No Comprendidos en el Acuerdo” cuyos expositores fueron Carlos Vanney, Ana Amaya y Ricardo Javier Belmaña coordinados por Alicia Kurlat. Continuamos con la exposición oral “El derecho societario de crisis. relaciones entre el derecho concursal y el societario” de Efraín Hugo Richard en el panel “Relaciones del derecho concursal con otras disciplinas” junto a Angel Luis MOIA y Osvaldo Chomer. Seguimos con los conversatorios “La empresa familiar y la quiebra” donde expusieron Sixto J. Sonzini Astudillo, J. Marcelo Villoldo y José Botteri bajo la coordinación de Lucía Spagnolo; “La quiebra por extensión. Mecanismos. Utilidad. ¿Supervivencia?” donde expusieron Fernando Javier Marcos, Fabiana Perez y Miguel Ángel Raspall coordinados por María Cristina De Césarís. Cierran esta temática concursal un artículo de Miguens “El proceso de Reorganización Concursal de Estados Unidos (Chapter Eleven del United States Code). Comparación con los procedimientos extrajudiciales de reorganización” y otro de Richard “¿Es el art. 144 CCC una herramienta para responsabilizar a funcionarios públicos?” Publicado en el Libro "HOMENAJE DEL INSTITUTO NOROESTE DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA AL PRESIDENTE HONORARIO PROF. DR. JULIO I. ALTAMIRA GIGENA", Directores: Dres. Juan Carlos Veiga y Rodrigo Padilla, Coordinador: Dr. José H. Sahián.

Finalmente, acercamos dos novedades bibliográficas a través de los prólogos de Efraín Hugo Richard a los libros "Garantías Modernas en el Código Civil y Comercial. Fideicomiso de Garantía. Cesión en Garantía. Garantías a primera demanda. Factoring. Lease Back o Leasing de retro" de Humberto G. Vargas Balaguer; y "Derecho Argentino de Sociedades" de José Pablo Sala Mercado.

¡Ahora empezamos a mirar el sistema societario bajo el lema “Libertad bajo responsabilidad”!

Romina Furiasse – María Fernanda Cocco – Luisa I. Borgarello – Jorge Fernando Fushimi – María Cristina Mercado de Sala – José Fernando Márquez – Efraín H. Richard – E. Daniel Truffat

**LA ESCUELA COMERCIALISTA DE CORDOBA Y LA ACADEMIA****Juan Carlos VEIGA**

***Exposición brindada por el Miembro Correspondiente en la Provincia de Tucumán y Director del Instituto del NOA de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba el día 14 de septiembre de 2021 a las 19 hs.***

El Instituto del Noroeste Argentino de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba quiere en este día expresar su homenaje y gratitud a los maestros del Derecho de la querida Provincia de Córdoba cuya visión generosa y plena de talento, irradió conocimiento más allá de Córdoba y con la actitud propia de quienes no reparan en mezquindades, llegaron y llegan hoy a las distintas regiones del país, con su saber jurídico unido a un espíritu federal y solidario.

Y me toca fijar la atención en la historia de una verdadera Escuela de Derecho Comercial, forjada en las aulas de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba y consolidada en esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, unidas en ejemplar testimonio vivo de un trabajo mancomunado, sin egoísmos y con verdadera vocación de magisterio.

El tiempo asignado, necesariamente breve, impide un análisis meduloso del pensamiento y obra de quienes cimentaron el edificio que hoy ejerce autorizada doctrina y orienta con luz propia al derecho comercial argentino, como tampoco podré hacer mención o referencias a muchos prestigiosos integrantes contemporáneos de esta Escuela que tienen sobrados méritos para su consideración.

Estoy convencido que estamos en presencia de una auténtica Escuela del Derecho Mercantil, no sólo por el alineamiento doctrinario que se prolonga a través de décadas, sino también por la existencia de un grupo coherente de trabajo con visión sistémica unitaria que se proyecta a esta Academia a partir de la incorporación del Profesor Mauricio Yadarola que desde 1928 accediera por Concurso a la Cátedra de Derecho Comercial II de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba hasta 1943 en que renuncia para ser reincorporado luego en 1955.

La personalidad y el pensamiento de Yadarola influyen decisivamente en la construcción del pensamiento jurídico y en la formación de generaciones de abogados y lleva su nombre el original Instituto de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Yadarola es incorporado a esta Academia el 7 de Julio de 1942, centrando la visión de la Escuela Comercialista de Córdoba en torno al fenómeno de la empresa, a la que dedica su recordado trabajo "La Conservación de la empresa" que recibiera el Premio Academia.

Mauricio Yadarola incorpora a la empresa en la construcción del sistema del derecho comercial, audaz idea sostenida en la década de 1920 y que luego se plasmara en la legislación italiana en la década de 1940.

Pero su formación, si bien especializada en el derecho comercial, lo es a partir del convencimiento que el estudio del mismo requiere el examen previo de los principios generales del derecho y de las ciencias jurídicas para alcanzar sus propios principios y su propio método.

Yadarola se pronuncia por la unificación del régimen de obligaciones y contratos civiles y comerciales en el Primer Congreso Argentino de Derecho Comercial en 1940 y el impacto que

produjo su ponencia es reflejado por Malagarriga en el prólogo de la obra de Bengolea Zapata "Unificación de régimen en las obligaciones y contratos".

La idea de Yadarola, alcanza fuerza avasallante en los años 80 del Siglo XX y la Conferencia Internacional sobre Unificación del Derecho Privado Argentino celebrada en San Miguel de Tucumán en 1987 reconoció en Yadarola el mérito de ser el primer jurista en la doctrina argentina en reclamar la unificación.

La idea germinó en la primera década de este Siglo y finalmente se concretó en el Código Civil y Comercial vigente desde el 1° de agosto de 2015.

El principio de la conservación de la empresa, en la particular concepción de Yadarola lo lleva a proyectar en 1925 la apertura de procesos concursales en forma anticipada a la cesación de pagos en los casos de dificultades económicas y financieras. Yadarola tutelaba la empresa, no necesariamente la sociedad que la explotaba.

Ya entonces señalaba que un sistema concursal debía tener un plan o método conforme al cual las normas puedan ser armonizadas en todo momento, mediante la obra de una sabia jurisprudencia. Una actuación tempestiva en lo interno de la sociedad o en la actuación preconcursal permitirá la solución a la crisis, sostenía el maestro.

Su preocupación por la organización de la empresa lo lleva a rechazar inicialmente la idea de la sociedad de un solo socio, el concepto inspirador de esta doctrina no es ya el clásico de la sociedad-contrato sino el de patrimonio-empresa diría. El sustrato de una sociedad no lo constituye una colectividad de sujetos, sino una masa de bienes organizada en empresa económica.

Su concepción doctrinaria y normativa en torno a los títulos de crédito, se plasma en su libro "Títulos de Crédito" al que Agustín Matienzo calificara en 1928 como el primer expositor universitario en el país sobre títulos de crédito, plasmado luego en el proyecto de 1950 que precede a la reforma del Código de Comercio.

Recalcó la gravitación del crédito como elemento movilizador del circuito económico y ejemplificaba, "es como el oxígeno para el cuerpo humano". A través del vehículo warrant el documento transforma en dinero el valor de esas mercancías sin haberlas vendido, enseñaba con sencillez y claridad.

Francisco Quintana Ferreyra, Profesor Titular de Derecho Comercial III, Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba y Miembro de Número de esta Academia, a la cual accede en 1964 a la edad de 51 años, es la figura de un maestro cuya vida es un ejemplo de rectitud, de entrega a la cultura y al bien común.

Alumno de Yadarola y luego docente adscripto a su cátedra entre 1939 y 1942 su tesis doctoral sobre Verificación y graduación de créditos fue calificada de sobresaliente por su maestro, a quien sucedería en la cátedra.

Su aporte al Instituto de Derecho Comercial se caracteriza por alentar la labor de los profesores e investigadores que encontraron en el mismo, un elemento aglutinante de maestros, docentes y alumnos en la común tarea de progreso científico y social.

Integró la Comisión de reformas de la legislación comercial en el año 1967 junto a Horacio Fargosi, Héctor Alegría y Carlos Malagarriga, con quienes redactó el proyecto que se convirtió luego en la ley de Concursos y Quiebras N° 19551.

Autor de proyectos de Ley de Fideicomisos y de Transmisión de Fondos de Comercio, su repentina muerte lo sorprende cuando había publicado dos tomos del tratado de Concursos, obra que continuara Edgardo Marcelo Alberti.

Recibió las mayores distinciones y lauros como reconocimiento a su labor desde la cátedra y en la gestión universitaria; nos cabe recordar el 1er. Congreso de Derecho Societario de 1977, en La Cumbre, bajo su Presidencia y que marcó el inicio de toda una etapa de la actividad jurídica iberoamericana que se prolonga hasta nuestros días.

El prestigio ganado como jurista y profesor, su equilibrio, capacidad de trabajo y sencillez lo llevaron a desempeñar cargos de dirección en la Universidad en tiempos difíciles, donde siempre actuó con particular resguardo de lo académico.

Junto a Héctor Cámara son reconocidos como los gestores de la Escuela Mercantilista de Córdoba cuya idea central quedara expresada en 1978 en su trabajo titulado “La conservación de la empresa en las leyes de sociedades y de Concursos” en el cual expresa el eje institucional que impulsaban:

Compromiso con el rigor en las investigaciones y en la apreciación de la realidad;

Unidad del derecho privado patrimonial negocial;

Quintana Ferreyra remarca el rol del derecho en el desarrollo del hombre, en la posibilidad de las ciencias jurídicas y sus técnicas para impulsar y apoyar la dignidad del hombre.

Héctor Cámara, Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba, Titular de la Cátedra Derecho Comercial II y Director del Departamento de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la misma Universidad.

Junto a Quintana Ferreyra transitaron el camino de la ciencia jurídica con curiosa coincidencia. Habían nacido en el mismo año 1913, egresaron de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba hacia la mitad de la década del treinta y ambos accedieron al máximo título universitario a comienzos de los años cuarenta, tiempo en el cual acceden como adscriptos a las cátedras de Derecho Comercial hasta alcanzar la titularidad.

La Universidad los reconoció como Profesores Eméritos y en la década del 60 esta Academia los incorpora como Miembros de Número.

Quintana Ferreyra y Héctor Cámara atesoraron durante 20 años el semillero de vocaciones y de ideas que fue el Instituto de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, luego Departamento, generando con sus discípulos la fuente de la dinámica grupal imparable, continuada por los Profesores Juan Carlos Palmero, Efraín Hugo Richard, Horacio Roitman quienes acompañados de comprometidos docentes y juristas, cuya extensa nómina me impide señalar en esta ocasión, continúan la misión de sus Maestros, enarbolando el amor por la verdad y a través de ellos viven, pues sus ideas han germinado y trascendido a las generaciones futuras.

Precisamente, Juan Carlos Palmero y Efraín Hugo Richard desde 1984 y Horacio Roitman desde 1997 como Miembros de número de esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales han continuado el camino de sus maestros y por imperio de ese mandato, nuevos maestros y discípulos asumen roles de dirección y son protagonistas en esta reconocida y admirada Escuela.

El Instituto de la Empresa, uno de los centros de estudios de esta Academia, ratifica esa continuidad y la vitalidad de su mentor e impulsor, el Académico Efraín Hugo Richard, es testimonio de ello.

La desaparición física de Quintana Ferreira y Cámara no significó separarse de sus enseñanzas, decía Hugo; “ya no conversamos con ustedes, pero nos acompañan sus enseñanzas, sus conductas, sus ideas, que nos inspiran y nos guían, particularmente en la llama de su inolvidable amistad. Todos los días los encontramos en nuestro recuerdo y en sus libros que seguimos consultando, buceando por soluciones a una realidad que nos interpela” (fin de la cita).

Y decimos que han construido una Escuela Comercialista de Córdoba, porque mantiene encendido el faro de sus maestros desde hace más de treinta años, que bajo el palio de la Universidad Nacional de Córdoba surgió como un haz de luz para impulsar y apoyar la dignidad del hombre, para alentar la capacidad de discernimiento, la ética y la preocupación por los semejantes.

No es solamente el estudio de las relaciones comerciales, ni tampoco el complejo entramado de la organización empresaria el que pregona la Escuela Comercialista de Córdoba.

La Escuela de Córdoba incorpora a la empresa en el eje de sus investigaciones y preocupaciones, pero sin descuidar el rol del derecho en el desarrollo del hombre.

Desde esa perspectiva, exige el compromiso ético con la sociedad que integra y este es el valor que la hace diferente y atrae a quienes abrazamos esta disciplina del saber jurídico.

Su visión de dar unidad sistémica a los fenómenos complejos que hoy exigen los estudios de la ciencia jurídica y en especial las investigaciones y disciplina del derecho mercantil, han encontrado en esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, un ámbito enriquecedor para proyectar sus ideas y un esforzado trabajo colectivo permite recibir sus frutos a quienes habitamos distintas regiones de nuestra Nación y somos beneficiarios de tan generosa entrega.

La Escuela Comercialista de Córdoba que esta Academia cobija, fortalece y jerarquiza, no solamente transmite el saber con autoridad y vocación de Maestros; lo importante y trascendente es hacerlo conservando el legado de una conciencia intachable, sujeta a una alta escala de valores éticos, que fraguaron en la Casa de Trejo y hoy es recibida por múltiples actores de la comunidad jurídica nacional e iberoamericana.

El Instituto del Noroeste Argentino, orgulloso de pertenecer a esta Academia y recibir de ustedes incondicional apoyo y cordial amistad, expresa su gratitud y ratifica el compromiso de llevar al interior profundo de la Argentina las ideas y acciones de los Maestros fundadores y quienes continúan hoy su legado con el objetivo de procurar que el conocimiento nos conduzca a al logro de los ideales de Justicia y Paz en nuestra querida Nación.

**¿A DÓNDE VAMOS?<sup>1</sup>****Efraín Hugo RICHARD**

**Resumen:** La locución: “¿dónde vamos?” impone referirse a un elemento subjetivo: el mundo, la nación –esta Nación–, Córdoba, la Academia, la Universidad Nacional de Córdoba, nuestra familia... Y en mi limitado ámbito casi podría intentar referirme a ¿dónde voy?” Y si ello es mi incerteza, más lo será en el intento de mirar más allá de mi familia... buscando un horizonte... o metas concretas. Y para ver a donde voy, tengo que avizorar que podré realmente hacer por las circunstancias jurídicas, sociales, sanitarias, y me obliga a pensar en ¿cómo vienen las cosas?, mis ideales y mis frustraciones... ¡Qué laberinto! Laberinto como camino sin salida... Desde los 70 viví intensamente las frustraciones, ideales y rencores que se entremezclaban en la sociedad argentina... Por eso sólo me referiré a las metas y frustraciones dentro del campo de mis limitados estudios... Soy el más viejo y antiguo de la Academia, y siendo como mis fuerzas menguan, más no mis ideales...

Si bien no me considero con fuerzas para introducir un cambio, parafraseo a Shakespeare cuando le hacía decir a Hamlet una propuesta imposible: “¡El mundo está desquiciado! ¡Vaya faena, haber nacido para tener que arreglarlo!” ...

Han leído el abstract. Es una invitación que inspiró nuestra Vicepresidente Marcela Aspell, les robare 40 minutos. Ruego atención pues comporta un desafío, un pedido de colaboración, para enfrentar entre todos un laberinto que parecería no tener salida, pero podemos hacer algo. Me alejaré de ideologías para centrarme en la unidad para la acción. Un minuto para recordar a Jorge Mosset Iturraspe, amigo dilecto y compañero de ideales.

Guiado por los maestros viví con entusiasmo los finales de los 60 con mi primera titularidad, el doctorado prologado por Cámara, en grupo guiado por mi otro maestro Quintana Ferreyra, con un Primer Congreso en 1965. No podía dejar de pensar en que algo podíamos hacer por el país.

Desde los 70 sufrí, como muchos jóvenes, el naufragio de nuestros ideales, por lo que sólo referiré metas y frustraciones dentro de mis limitados estudios: vivíamos en un país abrumado por su propia insolvencia, un pueblo pauperizado con ahogo empresarial.

Me angustia que nada varió en la falta de desarrollo social, denunciado en ponencias y en discurso final en el Congreso de esta Academia de 1998, y en coordinada serie de ensayos en torno a la Conservación de la empresa, desde mi exposición al recibir el Premio Academia, hasta hoy. El Código Civil y Comercial ha centrado ese enfoque en su art. 320 y ss., como base de un sustentable “capitalismo empresarial” para atenuar los efectos negativos del “capitalismo financiero”, que ya aparecía desembozada y nefastamente en los 70.

La idea de empresa es coherente con la construcción de cualquier política. Se basa en la eficiencia y en la juridicidad, ligada a relaciones de organización, sociedades y contratos asociativos. Eficacia indispensable en el Estado mismo y en las unidades productivas o de servicios. Cito de Cámara un pensamiento que sigue iluminando: “*El principio de conservación de la empresa no constituye una*

---

<sup>1</sup> Puede verse la filmación en el canal de You Tube del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Nacional de Córdoba <https://youtu.be/owlGuGzsB9A>

*patente de curso para la gestión empresarial...*” Es que conservarla no significa mantener la sociedad que la explota ni la posición de sus socios.

Mis maestros Cámara, Quintana y su inmediato antecesor Yadarola fueron Miembros de Número de la Academia, y centraron la visión de la Escuela Comercial de Córdoba en torno a la empresa.

Tres años atrás les confíe mis tribulaciones sobre el ABUSO EN LA FUNCIONALIDAD SOCIETARIA vigente el CCC, compartiendo ideas interdisciplinarias, para mostrar prácticas ilícitas que han ocurrido y se repiten sin encontrar coto eficiente, pese al equilibrio de la legislación. El apalancamiento financiero, el tratamiento concursal y societario de las crisis imponiendo las pérdidas a los acreedores de una sociedad, y previsiones legislativas que no se usan.... Los diarios confirman los rumbos curiosos que han tenido muchos casos, quizás por razones ideológicas: el Grupo Indalo, OIL COMBUSTIBLES S.A., C.B.I., CORREO ARGENTINO y VICENTIN agravan esa imagen.

Pero seguimos pensando y actuando. Y mantengo mis ideales incólumes: constituimos un centro de actividad científica, no política, desde la Escuela Comercial de Córdoba, con la Academia y la Universidad desde donde navegamos, quizá en la utopía...

Bajo la guía de esos grandes maestros, desde 1977 vivimos multitudinarios Congresos, mi incorporación a esta Academia –con Haro y Palmero- y la creación del Instituto de la Empresa que solidificó a esa Escuela.

### **¿Estamos enfrentando un cambio social?**

Nací en la modernidad, instruido en la razón, el deber y el progreso, ahora me desarrollo en la postmodernidad, me encuentro inmerso en una sociedad que en contraposición aparece como una época de desencantado, que parecería privilegiara la emoción y el placer o la desesperanza enconada, insensible a una visión de futuro, cargados de escepticismo que no quiero que me contagie. Nacido y desarrollado en una ética del trabajo, hoy contemplo una glorificación del consumo, de notoriedad o de riqueza...aun proviniendo de la corrupción. ¿Es este el paso de la modernidad a la postmodernidad que queremos? ¿Vamos a permanecer inmutables?

Se está desarrollando en la Academia una extraordinaria tarea, de la mano de Marcela y Armando Andruet, sobre las huellas que para la comunidad trazaron sus miembros fallecidos, significando valores y progreso. Pero ¿la sociedad masivamente advertirá un sentido en esa historia? Se fluctúa de ideales y ideología, a un materialismo indiferente. El esfuerzo era un vínculo con el éxito, ahora se intentan los logros con la ostentación. De cierta solidaridad al individualismo egoísta. De una supuesta vejez pasiva, esperada, hoy sorpresivamente disfrutamos de un envejecimiento activo. No me resigno... integramos una dinámica grupal institucionalizada que no impone respuesta, pero propone interrogantes... y podemos hacer mucho, incluso con las instituciones internacionales con las que tenemos convenios...

Acabamos de cerrar positivamente la aventura de la unidad del Derecho Privado Patrimonial, con eclosión del Código Civil y Comercial que aún tratamos de interpretar. Se impone volver la mirada a un maestro de esta Academia, Yadarola, que se pronunció por la unificación del régimen en las obligaciones y contratos, en el Primer Congreso Argentino de Derecho Comercial del año 1940, cuestión con más atención de participantes, por implicar la desaparición del Código de Comercio o su transformación. Lo hemos logrado y hemos colaborado, pero ¿se aplica? ... de los que construyen sólidos sistemas integrados a los que intentan extender principios generales inconexos. Y ello acaece particularmente en una materia sensible como es la crisis empresarial, natural en

nuestro país, ahora incrementada por la pandemia, a la que no me referiré sino tangencialmente a problemas económicos de ella devenidos, por ser coyunturales, de inmediata atención, pues miro más adelante.

¿A dónde vamos? Los protagonistas de la política parecen no ofrecer más que discursos críticos, pero sin delinear objetivos claros y menos los caminos para iniciar largos períodos de transición. El fin parece solo lograr el poder y conservarlo... Imágenes y no planes... Frases simbólicas sin viabilidad, ni siquiera a largo plazo... No quiero mirar ni años recientes ni períodos que desde hace más de 50 años recorro con inicial entusiasmo y rápida desilusión.

No me resigno a ese futuro. Adelanté que la Academia ha propuesto hacer una historia del pensamiento socio jurídico de sus integrantes fallecidos de la mano de Marcela, y he citado un ejemplo, esa historia sería un gesto de eficiencia académica, pero quedaría en una elucubración exquisita si no avasalla con una proyección hacia el futuro, quizá de la mano de los actuales académicos, de número y correspondientes, de sus calibrados Institutos, por lo menos para la comunidad nacional donde nos insertamos. Quiero destacar, mirándoles. la acción que desempeñan individualmente en ese batallar incansable, diario, asegurando el respeto de nuestra Constitución y del país profundo ...

La Academia, donde se está inmortalizando las huellas ideológicas de sus académicos originarios, también debería mostrar el pasado inmediato, el presente y el futuro que protagoniza la Institución, con sus Institutos y sus integrantes, y así lo propugno, no dudando qué Armando, como lo hace Marcela, podrán perfeccionar la idea, como lo intentarán hacer con la IA, y la cibernética revolucionará el derecho administrativo.

Hoy se vive en conflictos permanentes, no solo entre los privados que los solucionan de buena fe, sino en grupos institucionalizados o no que afectan el normal desenvolvimiento de la comunidad. Ante la crisis económica declarada en diciembre de 2019, se agregó la pandemia con efectos económicos. Se generó la ruptura del sinalagma, pero la sociedad privada la afrontó renegociando con buena fe conforme el art. 1011 CCC, casi sin usar previsiones exonerativas. Enfrentando esa corriente, una vorágine imaginativa irrumpe en los concursos con proyectos para que el acreedor soporte las pérdidas. El Estado no ha dado respuesta pese a innumerables ineficientes proyectos legislativos. Y para allanar el camino debo claramente referirme a la crisis de las personas jurídicas.

Congruente con la unificación, la personalidad jurídica ha sido regulada. Las sociedades y otros patrimonios, hasta el opinable consorcio, excluyendo la figura límite del fideicomiso, y claramente los contratos asociativos.

Siguiendo a los maestros, levantamos la bandera de “libertad bajo responsabilidad” en la organización empresarial, expresión que es lema del Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa que organiza el Instituto de la Empresa para octubre de 2022, con José Fernando Marquez, Lita Borgarello, Fernanda Cocco -feliz cumple-, Cristina Mercado de Sala, Jorge Fushimi y muchos más de la cofradía económico jurídica nacional e internacional. Lo diseñamos con Manóvil y Roitman en el Proyecto de Ley General de Sociedades que acompañó al Código, coherentes con el Título Preliminar y la normativa de personas jurídicas públicas y privadas, congruente con el explosivo arts. 144, visto como una expresión generalizada del art. 53 in fine LS, pero que extiende responsabilidad a controlantes infieles de personas públicas o sea a líderes nacionales, provinciales y municipales, y con el que trabajamos con José Luis Palazzo. Y con el art. 150 sobre preeminencia de las normas imperativas del orden creativo de la PJ y en su defecto por las del CCC, interpretación aún no asumida por el procesalismo concursal, para seguir recargando el

riesgo en los acreedores, maximizado por la pérdida de universalidad generada por la inconcebible reforma del art. 21 LCQ en el año 2006.

Si hable de libertad, debo hablar de la contracara: la responsabilidad. Porque el límite es no dañar. ¿Para que cambiar leyes si no tenemos capacidad gestora para asegurar su cumplimiento?... Lo vivimos con Cesano y Lascano en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, donde normas del año 72 se mencionan y no aplican pese a ofrecer soluciones más eficientes que la ley 27401 sobre esa responsabilidad de enero de 2017.

La coetánea sanción de la Ley Nº 27.349, del emprendedor, concibiendo el tipo societario Sociedad por Acciones Simplificadas, SAS, constituyó un paso significativo en nuestra legislación al receptarse un conjunto de ideas e institutos con la finalidad de apoyar la innovación, al emprendedor y al capital emprendedor. Hoy se libra una gran batalla en alguna jurisdicción contra esa Sociedad, con discrepancia fundamental de objetivos, cargada de resquemores, en lucha ideológica que no comprendo y desecho. Los organismos públicos de Córdoba son coherentes con nuestra idea.

Los tipos societarios no son en sí mismos ilícitos ni antijurídicos. Si lo puede ser su actividad – total o parcial-.

Una pregunta que resulta del todo relevante para comprender el sistema de responsabilidad civil, es aquella que refiere a la acepción de lo ilícito o antijurídico. Tradicionalmente es una conducta transgresora, desde una concepción objetiva, que contradice lo dispuesto por el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad, y al mismo tiempo, no entra en el juicio específico de reproche del agente considerando si ha obrado con culpa o dolo. Lo explicó mejor y reiteró hace treinta días Carlos Julio Lascano. Toda antijuridicidad comprende dos aspectos: a).- una infracción de la voluntad general objetivada en el Derecho; b).- la imputabilidad.

Una actividad ilícita puede ser realizada por una sociedad de cualquier tipo social. Ante la reacción, por suerte sólo nacional, ante las SAS, las off shore y las sociedades extranjeras, recuerdo que la LGS, mantiene una sanción en su artículo 19: *“Cuando la sociedad de objeto lícito realizare actividades ilícitas, se procederá a su disolución y liquidación a pedido de parte o de oficio, aplicándose las normas dispuestas en el artículo 18”,* que señala *“Los socios, los administradores y quienes actúen como tales en la gestión social, responderán ilimitada y solidariamente por el pasivo social y por los perjuicios causados”*. El mismo art. 19 permite una desimputación de responsabilidad a *“Los socios que acrediten buena fe quedarán exceptuados”* de la responsabilidad –si el patrimonio social fuere insuficiente- o de la pérdida de la cuota de liquidación si hubiere remanente que *“ingresará al patrimonio estatal para el fomento de la educación común de la jurisdicción respectiva”*.

Pese a ello, en otro frente, se motivó –exigidos por la OCDE- el dictado de la referida Ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas, mereciendo opinión de penalistas y privatistas, advirtiendo el maridaje entre lo público y lo privado en casos de corrupción, Ley de cuya eficacia nos quedan dudas con Lascano y Cesano, compartiendo informe en el Congreso de Academias de Madrid.

El diseño del sistema de imputación penal de las personas colectivas de esa ley prioriza un modelo de responsabilidad por defecto de organización, que podría generar bolsones de impunidad para los cuadros directivos de la persona jurídica: una empresa podría contar con una perfecta organización como pantalla a la comisión de delitos desde ese ente.

La posible limitada sanción que prevé esa ley para la sociedad con actividad ilegal debe ser precedida por una condena a un funcionario público y al defecto de organización aludido. Si llega a aplicarse lo será con años de litigio, cuyo resultado no veré. La justicia lenta o tardía es un sistema obsoleto, ajeno a la excelencia de sus miembros.

Justamente se señala que “las empresas económicamente más poderosas utilizan el ardid del soborno transnacional sacrificando buena parte de sus beneficios actuales con el fin de expulsar del mercado a sus competidores y así obtener en el futuro una posición dominante o preferente”. La causa de los Cuadernos lleva la confesión de importante empresariado sobre una práctica corrupta. No veré el resultado que debería ser ejemplificador...

Es el panorama de una Argentina perdida en el desierto, al decir de María Estenssoro, que hace demasiado tiempo busca culpables en lugar de soluciones, que siempre ve la paja en el ojo ajeno y nunca la viga en el propio, acostumbrada a tirar la primera piedra y esconder la mano, esclavizada por resentimientos, fracasos colectivos y una gran incapacidad para mirarnos con compasión, sin demonizarnos entre hermanos...

Parte de la situación debe imputarse a la deuda externa, que en los 70 no superaba los 6.000 millones de dólares, y el índice de pobreza apenas acariciaba los cuatro puntos. No se trata de asistir a la pobreza, sino ir más allá, sacar a las personas de la pobreza, no meramente con una ayuda económica sino con una inserción social. Debemos educar, ofrecer caminos... las relaciones de organización para ayudar a las políticas gubernamentales asumir el problema, al igual que las sociedades cooperativas hoy en auge en ciudades del interior y en extensión, o las técnicas de organización... como una convocatoria colectiva para recurrir a los sistemas indígenas de nuestros antepasados “las mingas” –que viví, y sobre lo que Marcela y Pedro Yanzi podrían ilustrar acabadamente-, para dotar de servicios a los barrios carenciados y encarar obras de infraestructura ... quizá muy grandes.

Viví la esperanza de la consolidación de la empresa privada a través del accionariado obrero que autorizaba la ley del 72... y de la fallida legislación peruana... respetado en la organización alemana. Ese encuentro entre capital y trabajo sigue siendo el tema de una agenda social no asumida y con graves conflictos sociales que frenan generar trabajo...

El capitalismo financiero domina la escena en el posmodernismo. Nos abruma y nos confunde ese sistema global e ilegal cuando empezaban a descubrirse los paraísos fiscales. Ahora las criptomonedas basadas en el anonimato y en la confianza, pues no tienen validez material.

Frente a actividad económica al margen de la ley, donde se suben impuestos, pero se persigue poco la actividad clandestina, la respuesta debería ser la moneda electrónica emitida por la propia Nación, que pondría en blanco a gran parte de la economía negra, pudiendo destinarse ese superávit impositivo a desarrollo social persistente. Esa moneda puede brindar interesantes negocios a la Banca central y a otros Bancos destinándolos al capitalismo emprendedor. Generaría una verdadera revolución que debería unirse a un gran acuerdo social, con clara comunicación de que no cambia nada salvo la economía negra, ilícita. Quizá hasta permitiría una baja en el I.V.A., impuesto al consumo y no a la riqueza, y fomentaría el trabajo en blanco que podría atenuar cargas sociales e impositivas. Hasta podría tener efectos sobre la inflación.

Esa referencia a las criptomonedas, refuerza el agobio al mundo por el capitalismo financiero, alejando al capitalismo emprendedor –dentro del que situó a la Banca-. Estoy signado por la modernidad, y no puedo pensar en el bitcoin y seudo monedas semejantes, cuyo valor está vinculado a la apetencia social de tenerlos, a un trueque, que no puedo operar directo sino con

intermediarios, tanto en la misma compra o venta sino en la custodia y “negocios financieros afines”.

Me trae a la memoria la etapa donde todos estaban lanzados a la especulación en el capitalismo financiero que prometía –y promete- dividendos a partir de la plata misma, sin inversión empresarial, cuando todos los días quebraban un banco off shore o un fondo de inversión.

Luis Moisset de Espanés, nos introdujo en el tema al desmenuzar la magia de la Convertibilidad del Austral, y compartimos la angustia del déficit fiscal, el endeudamiento. Antes en La Ley en “La economía del Derecho”, desnudó prácticas en el balance del BCRA, que mostraban activos vaciados, que motivó su inmediata corrección. Estaba vinculada a las 300 entidades financieras en liquidación... Luis nos introdujo en la deuda externa como flagelo de inflación y corrupción.

Con Adriana Dreyzin nos encontramos en Congresos europeos sobre esa deuda en los 90, apuntando a la antijuridicidad del crédito abusivo, vinculado al deber de prudencia que debe motivar la actividad financiera y las conductas gubernamentales.

En esa mirada de la historia Benjamín Cornejo en 1945 advertía que “El supuesto neoliberalismo, ... nos hizo caer en una visión disvaliosa .... En realidad, se trató de la irrupción avasallante de la mundialización financiera que responde a los oligopolios”, integrados por doscientas corporaciones como afirmaba Pedro J. Frías. Globalización financiera, y no económica, generada por la velocidad de traslación de capitales, pero sin atender a una mundialización económica desde lo productivo.

Cornejo consideraba la pobreza como una tremenda injusticia que, bajo ningún concepto puede admitirse como consecuencia o el desgraciado resultado de algunas normas económicas.

Cuando homenajeamos a *Alberdi acoté* los efectos de esa deuda, los devastadores sucesos de los años 2001 y 2002, y lo ahora vivido en los últimos tres años, que lleva a advertir que el fenómeno se repite. Les invito a releer a Alberdi que remarcaba en torno a los empréstitos que “*no puede dejar de ser causa de crisis, de empobrecimiento, con la alegría al recibirlo con descuento de intereses alza el valor de los títulos en la Bolsa de Londres, y las compras de lo importado, pero los precios suben; ... sin excepción*”; señalando con clarividencia la pauperización e inflación. Remataba “*Los Estados, se empobrecen cuando sus gastos son mayores que sus entradas, el resultado...es la pobreza de ese país*”

150 años después, en “LA MUNDIALIZACION FINANCIERA Francois Chesnais de París XIII, señaló “las crisis se desarrollaron de acuerdo con un guion casi idéntico. Comenzaron con una devaluación de la moneda local, que se había tornado inevitable a causa del déficit comercial cada vez más elevado, provocó, como elemento de un solo y único proceso, la caída libre del tipo de cambio, la huida de los capitales a corto plazo y el derrumbe del muy débil mercado financiero.” No tenemos los resguardos de la Unión Europea, con auditorías de su Banco y la Comisión Europea... Y no es otra política de la que exigió Moisset de Espanés “es una forma de establecer exigencias que pongan freno a la emisión y, en consecuencia, detengan la inflación, saneando la moneda”.

Esa racional advertencia fue incumplida ab initio, se tapaban los oídos frente a reclamos sociales ineludibles apuntados por el maestro. Se ocultaron las violaciones más flagrantes con endeudamiento externo, importación indiscriminada para aparentar deflación mientras se destruía la economía interna, y una balanza de pagos absolutamente deficitaria a través de la política de globalización financiera, de las privatizaciones y de la ilegal actuación de bancos extranjeros, contrariando la ley. Para más, en política que continúa se emitían y emiten títulos a corto plazo, tendiendo a pulsar con el capitalismo financiero que nunca pierde y agrava las crisis nacionales generando un festival de bonos. Sobre ello extracto de Dominique Plihon en 1996 cuando explica

que “Las crisis se suceden y se aceleran en los mercados cambiarios y en los mercados de capitales internacionales. Estas disfunciones deben ser vinculadas a ... la “globalización financiera”, es decir, la creación de un mercado planetario del capital financiero... que derivó, de una manera fatal, hacia un régimen de finanzas especulativas, fuente de inestabilidad... y se abordarán las consecuencias nefastas de las finanzas liberalizadas las autoridades monetarias de los países industrializados abrieron una caja de Pandora, haciendo surgir las finanzas especulativas”.

La política de los llamados fondos buitres, que en los 80 sugerimos fuera asumida por el Gobierno, *Alberdi ya las presentía*” Amortizar, es un medio de extinguir gradualmente la deuda pública comprando las obligaciones del Estado al precio con que circulan en el mercado... pagar un documento con otro, no es pagar; es renovar, trasplantar la deuda...”. *El futuro de la Nación parecía poca cosa...* El Gobierno y los argentinos debemos fijar bases serias para un largo recorrido de reconstrucción, que sean hitos de negociación con inversores y acreedores. El capital financiero se ha inmerso en la globalización y en el supuesto de negocios más seguros. El capitalismo emprendedor no es auspiciado.

De continuar anticipamos resultados altamente negativos. Los préstamos externos en moneda dura sólo deberían apoyar transformaciones estructurales, obras públicas, etc. Luchamos en Congresos y con ensayos para que no se prestara para cubrir déficits operativos sino para infraestructura...Se agregaron los contratos asociativos aptos a esos fines.... Esa casi solitaria impronta alcanzó a llegar al G20 con poca convicción. El art. 1531 CCC recoge esa idea y brinda un interesante instrumento: préstamos a ser satisfechos con la renta de lo que se hizo o construyó con ese capital.... Sólo se debía financiar la infraestructura, generándose una responsabilidad de los gobernantes que aparece recogida en el referido art. 144 del CCC, no en una acción contra el Estado, sino de éste o de particulares contra los funcionarios públicos que generaron el daño. Presentamos esa idea en el homenaje del Instituto del Noroeste a Julio Altamira, exaltando la eficiencia de la norma.

Desgarradamente recuerdo los mandatos de la globalización financiera, ciclo que cumplió nuestro país: en los 40 adquirimos empresas del Estado concesionadas, pagando un alto precio al contado –el oro argentino sobraba en la banca londinense-, cuando pocos años después se debían devolver en perfecto estado. Luego se nos indujo a liberar nuestros presupuestos obteniendo financiación muy barata de los capitales que sobraban, y creo lo vimos todos, ante la crisis se nos insinuó de privatizar para que nos pagaran con títulos de deuda al precio nominal que se adquirirían a valores irrisorios, como señalaba Alberdi. Hugo Juri intentó que todas las concesiones estatales, sin juzgar su justificativo, fueran auditadas en sus contratos por las Universidades Nacionales, en forma interdisciplinaria... Se hubieran evitado tantos problemas. marca la frustración de las privatizaciones, como el que relato a continuación.

Aerolíneas Argentinas es un ejemplo de haber desoído el sistema legal precautorio de la insolvencia. El caso y otros más lo pueden refrescar en el libro “Privatizaciones en Privado” donde se relata el déficit del primer balance destinado a asumir las deudas de los socios privados con el Estado. Lamentablemente se levantó su concurso en 2011, cuando ya la administraba el Estado, pues devenido en quiebra hubiera permitido promover acciones de responsabilidad desde un año antes de su efectiva cesación de pagos –o sea desde la privatización del 85% del paquete accionario de una sociedad sin pasivo-. Y sigue igual, soportada por los subsidios del Estado. Un fallo en otra privatización de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Refinerías Carboníferas Patagónicas, sostuvo para estas privatizaciones que lo inmoral lo contrario al orden público no puede estar sujeto a prescripción ni confirmación. La acción la ejerció en 2002 la Provincia de Chubut, pues existió

actividad ilegal de “leverage buy out”, hacer asumir a la Sociedad las deudas de sus socios, -se hizo en Oil Combustibles y en muchas otras, además de en Aerolíneas Argentinas-. Todas haciendo grandes negocios ante la inercia de la Nación.

Hace tres días una gran compañía ha sido sometida a rescate estatal, nacional y provincial, por sistemas similares a los europeos y americanos: la capitalización. Puede ser un modelo interesante cuando la viabilidad y potencialidad empresarial lo amerite, y no repita el caso que acabo de presentar.

Nuestra situación de empedernidos deudores, por empatía, se traspasa a la práctica concursal, donde se trata de proteger al deudor, al consumidor sobre endeudado, no importa porque, a la sociedad infra patrimonializada que impone asumir los perjuicios a los acreedores en solapados procesos, conforme señalaron Martorell, Anich y Kölliker Frers.

Corresponde el análisis del art. 150 CCC, que claramente impone que las personas jurídicas se reglan en primer término por las normas imperativas de la ley especial y en su defecto por las del Código, devolviendo al cuidado equilibrio de las normas societarias que resguardan no dañar, debiendo asumir el perjuicio administradores y socios de control, en el integrado sistema de los arts. 99 LGS y 167 in fine CCC, cubriendo aquel defecto. Se aleja la idea de que la ley concursal es imperativa y de orden público para imponer acuerdos en que los acreedores sean los que deben soportar las pérdidas, desconociendo la tipicidad societaria y generando fraude a la ley con quitas confiscatorias que logran vaya a saber como... Bajo ese subterfugio de proteger la empresa y los puestos de trabajo, vivimos desde finales del siglo pasado escándalos de varios bancos argentinos y sus filiales off shore, Banco de Negocios, CBI, los Acuerdos Preventivos con obligaciones negociables en dólares emitidos en New York, Comercial del Plata, Arcángel Maggio... y las que aparecieron en los diarios todos los días.

Yadarola tuvo particular percepción en 1925 cuando proyectó afrontar las crisis en forma anticipatoria a la cesación de pagos, ante las dificultades económicas y financieras.

Reitero ¿Qué idea de empresa tenemos? Sin duda que es una organización, de medios, hombres y dinero eficiente, incluso sobre la base de planificación y eficacia debiera ser copiada por el Estado.

La verdadera protección a la empresa margina proteger a la sociedad que la explota o la posición de sus socios. La capitalización de las sociedades, incluso de deudas, es la verdadera solución para evitar el abuso y el fraude a la ley en los acuerdos concursales, que el Juez debe preservar en resguardo de los intereses de los acreedores que no votaron. A su vez asegura la viabilidad de la actividad empresarial, como introducimos con Manóvil y Roitman en art. 100 LGS. Y permite realmente asumir un esfuerzo compartido y la aventura en común de la productividad.

Dar preferencia a las cuestiones formales por sobre la realidad de las relaciones de fondo, aceptar la prolongación indefinida de procesos judiciales cuya ejecución se diluye en procesos concursales, persistiendo el incumplimiento, homologando acuerdos confiscatorios del crédito, acompañados de otras costumbres *contra legem*, como hemos sostenido con Juan Carlos Veiga, implican un resquebrajamiento del sistema jurídico y de motivar la radicación empresarial.

Con estas pocas ideas, propongo el trabajo colectivo, como continuación de lo que han preparado Marcela y Armando. El punto es levantar un orden jurídico que a la vez que asegure la libertad económica y el goce individual y colectivo de sus ventajas, resuelva aquellas discordancias que se producen cuando el interés particular está en pugna con el interés social. A la comunidad le interesa que todos sus miembros gocen de un mínimo de bienestar económico que sea compatible con la dignidad de la persona humana, asegurando la paz social. Las grandes infraestructuras,

incluso en beneficio de esos marginados, justificarían el arcaico pero eficiente trabajo comunitario de minga. El problema no es la desigualdad, es la pobreza. Por eso la lucha debe ser para atender la pobreza, pero no sólo para mantenerla en ese estado... y en ello es factor el crecimiento económico con una redistribución apropiada, para lo cual es fundamental el Orden, sin el cual no puede haber ni Paz, ni Justicia, ni Libertad. Una planificación sostenida, consensuada que se aparte del mero alcance del poder...Frías postulaba "Si la gestión no es transparente, toda la sociedad es inducida a la corrupción..." sosteniendo que deben hacer "conductas ejemplificadoras" desde la sociedad".

Fomentemos la constitución de grupos de trabajo interdisciplinarios para afrontar los problemas que aquejan al país... Ayudemos a los Gobiernos a mirar más allá de su mandato...

Enfrentamos un desafío frente al que debemos actuar unidos, así quizá podamos entrever alguna solución y llevar al final de mis días la impresión que un cambio es posible para la satisfacción de todos los conciudadanos, alentando conductas y un derecho que atienda a evitar la marginalidad social, con sentido positivo, con creatividad, en cuanto solidarias con la República y su Constitución, y desalentándolas en cuanto intenten todo aquello que los principios generales rechazan, y desatendiendo políticas anti pobreza. Acciones de clase y jurisprudencia expansiva podría reordenar las demoras judiciales.

Anhelo que este andar y desandar en el que he dejado fluir mi pensamiento y sentimientos, a veces críptico por razones de tiempo, les haya generado la satisfacción de sentirse en un camino posible a medida de cada uno... Sólo propongo que nos miremos a los ojos, pues no podemos tomarnos de la mano, para sentir la fuerza de nuestras convicciones y de la potencialidad de nuestra Institución.

Nota del Editor: Inmediatamente se abrió un larguísimo diálogo con participación multitudinaria que puede consultarse en la grabación citada al comienzo.

**AÑEJAS MEDITACIONES SOBRE EL BIEN JURÍDICO QUE TUTELARIA UN SISTEMA CONCURSAL<sup>2</sup>**  
**Efraín Hugo RICHARD**

Publicado en Estudios de Derecho Concursal Uruguayo, Tomo VIII, Director Prof. Dr. Camilo Martínez Blanco, Montevideo 2021.

**Resumen:** Meditar sobre los valores que debe respetar un sistema concursal imponen reconocer los múltiples intereses que se conjugan en el desarrollo de una actividad empresarial que, sometida a una crisis, impone atenderlos para asegurar los bienes jurídicos que se intente tutelar. Tenerlos en claro, con una visión integradora permite entrever los objetivos a alcanzar y resolver, en la interpretación de las normas actuales o en la configuración de nuevas normas o en la integración normativa.

1. Es fundamental para el análisis de un sistema normativo esclarecer cual es el bien jurídico que el ordenamiento intenta tutelar. 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 procesal sino también cual es el bien jurídico que la legislación intenta proteger. 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 empresa, 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 económica.

2. La organización de la sociedad 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 común.

Si bien los filósofos desde siempre han tratado las estructuras formales y los contenidos de los valores, recién en el curso del siglo XIX y comienzos del siglo XX se desarrolló como disciplina jurídica la "teoría de los valores". 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

---

<sup>2</sup> Publicado en Estudios de Derecho Concursal Uruguayo, tomo VIII, Director Prof. Dr. Camilo Martínez Blanco, Montevideo 2021, pág. 19, donde su Director expresa en su presentación: "Iniciamos este octavo volumen de los Estudios, con un trabajo de Argentina, que el maestro concursalista Profesor Emérito doctor Efraín Hugo Richard rescató de su frondosa trayectoria escrita. En una nueva boutade de gran valor, a las que el ilustre formador académico nos tiene acostumbrado, transcribe un trabajo de más de 40 años (fue escrito en 1980 para la Revista de Derecho de Córdoba) "En torno al bien jurídico que debe tutelar un sistema concursal", y que conserva toda su lozanía. Es más, la frescura con la que está escrito (apenas fueron necesarias unas acotaciones en cursiva) dan un fuerte mentís a su autor, temeroso de haber desempolvado "ideas con olor a naftalina". No es así, estimado maestro y amigo, este trabajo (y su revisión) sirve para resaltar los mejores valores e intereses tutelables de la materia concursal." –págs. 7/8-.

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], en el ordenamiento normativo contenido en *las leyes Nos. 19551, su reforma en el año 1983 y la ley 24.522*.

El presupuesto incuestionado de los 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 situación. Este hecho objetivo puede ser nominado de otras formas: estado de insolvencia, cesación de pagar, sobreseer o suspender los pagos, "insolvencia", "überschuldung", *crisis, avizoración de la crisis, etc.* Se trata en definitiva de describir un estado de impotencia patrimonial para atender las deudas exigibles con los bienes normalmente realizables.

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 generan 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 valores. 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"

Podemos anticipar que eliminar el estado de cesación de pagos resulta el bien jurídico tutelado. 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 reconoce esos principios en las Exposiciones de Motivos 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 útiles 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. *La empresa es el elemento material y la técnica organizativa es la sociedad como elemento formal.*

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 jurídica.

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 ellos.

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 esta 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. *Con la reforma e integración del Código Civil y Comercial -2015- normas como la del art. 2 invita a la sistematización y en el art. 150 lo hace en torno a las personas jurídicas, atendiendo a las relaciones de organización, generando una congruencia del sistema societario y el concursal, entre otros.*

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 circulatorios, 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 19551 por las normas sancionatorias ejemplares que la misma *contenía* frente a desviaciones en la conducta, *ni en las posteriores, aunque si podemos encontrarlas en el Código Penal y en previsiones como la contenida en el art. 19 de la ley general de sociedades.* 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 *–dentro de la desarrollada por la misma persona jurídica o humana o apartándola de esos patrimonios frente a su invalidez–*, eliminando la insolvencia e inclusive apartando al mismo empresario de la actividad productiva, sea de la propiedad por medio de la

forma liquidatoria 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.

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 sí 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 sociales, 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 social.

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.

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 impulsor.

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 todo.

Este enfoque representa una justicia de proporciones, frente a una justicia conmutativa propia de las relaciones simplemente bilaterales *–atisbamos el futuro de las relaciones de organización*

frente a las de cambio con las que se construyó la dogmática jurídica-, 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.

7. 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 distribuible, de lo que genera bienes y servicios, aparecen como un bien común económico apreciable, tutelable como finalidad del legislador.

Reconstruir el 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. *Al referirnos a la actividad empresarial desarrollada por un patrimonio estamos ya dentro de un esquema organizativo de sociedades.*

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 empresa, 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 *sociedad*, 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 empresaria, 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, *obviamente dentro del esquema normativo, hoy perfilado por el art. 150 del Código Civil y Comercial para las sociedades.*

8. 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.

9. *Las meditaciones precedentes no son de hoy, se corresponden a mi inicial visión sobre el sistema concursal. Ya se atisba mi preocupación sobre la actividad empresarial, su organización, la conservación de la empresa para asegurar puestos de trabajo y beneficios para la comunidad. Los “conversatorios” que desde hace años se generan por y con Osvaldo Chomer, y su invitación a publicar en DECOMI, me motivaron a abrir el cofre de los recuerdos.*

*Las líneas precedentes fueron escritas hace algo más de 40 años –en el primer semestre de 1980. publicadas bajo el título “BIEN JURIDICO TUTELADO POR EL SISTEMA CONCURSAL” en la Revista de la Universidad Nacional de Córdoba año 1979/1980, edición de la Universidad, Córdoba 1982, pág. 261.*

*Sólo he agregado en bastardilla poquísimas líneas –como estas- a fin de darle actual vigencia y que el lector sólo se apercibiera al leer este último párrafo, integrando una referencia al homenaje a Jesús Sanguino Sanchez, en el año 2007, cuyo emocionado recuerdo, junto a mis maestros Francisco Quintana Ferreyra y Héctor Cámara, reitero en mi largo recorrido iluminado por sus enseñanzas. Uso el mismo método que cuando actualizo el libro “Prenda con registro o hipoteca mobiliaria” del último maestro, respetando totalmente el texto original e introduciendo los ajustes en bastardilla.*

*Compartiendo estas viejas meditaciones intento justificar mis pensamientos posteriores en torno a los objetivos que deben guiar a una legislación de crisis y su inserción en una sistemática jurídica. El tema queda inmediatamente vinculado al bien jurídico tutelado por el derecho concursal cuando el sujeto sea una sociedad. Se trata de evitar allí que se instale el estado de cesación de pagos.*

**EMPRESA VIABLE****Marcelo GEBHARDT****Expositores: Alicia KURLAT, Bernardo CARLINO y Mario HOLAND****Coordinador: Marcelo GEBHARDT****BREVE INFORME DEL ENCUENTRO**

El encuentro comenzó con palabras del coordinador, Dr. Marcelo Gebhardt que hizo una exposición inicial acerca del tema sobre la base de dos palabras (o conceptos) que inspiraban, desde su mirada, el tema a encarar: una era el desafío que entrañaba abordar la cuestión ante la gravedad de la crisis sanitaria que atravesamos y la otra era que, a la vez, plantear la viabilidad de la empresa suponía casi una metáfora, en un medio, pequeño como el argentino, que había perdido según estadísticas oficiales 22.000 empresas en este año que llevaba la crisis pandémica del Covid19.

El coordinador agradeció a las personas que consideraba los nobles impulsores de la tarea, que propone un esfuerzo de casi todo el año hasta llegar al 20 de octubre, mencionando a Hugo Richard, Daniel Truffat y María Fernanda Cocco; a la vez que destacó la característica federal del grupo que coordinaba, cuyos integrantes son de la Ciudad de Buenos Aires, Santa Fe y Tucumán.

Seguidamente, ya en el tratamiento del tema se detuvo en el criterio que contenía la ley 19.551 respecto de la posibilidad de cumplimiento de la propuesta a los fines de la homologación del acuerdo, lo cual desapareció en la ley de 1995 (24.522). Hizo una referencia a un caso de los años 80 (Sasetru) donde incluso intervino la Corte Federal para homologar un acuerdo con vistas a evitar la situación de quiebra que se conjeturaba como la peor hipótesis; concluyendo la reflexión respecto a los tiempos actuales, en los que le parecía un concepto abstracto exigir o indagar judicialmente sobre el tema de la posibilidad de cumplimiento, pues lo que se debía priorizar era al menos el intento genuino de salvar la empresa, más allá de las proyecciones financieras cuya dureza podrían ser mucho menos auspiciosas que la voluntad de los afectados.

A esa altura de la exposición recordó cómo fue entroncada la cuestión con la de los abusos que se intentaron o perpetraron cuando a la salida de la crisis de principio de este siglo comenzó a hacerse usual la solución concordataria laxa, basada en períodos demasiado extensos para el pago y/o quitas sustanciales, lo cual quedó desubicado al reactivarse la economía nacional a los pocos años de aquella debacle y dio paso a toda una elaboración doctrinal y jurisprudencial de la propuesta abusiva.

Sostuvo enfáticamente que eran tiempos aquéllos, como los que vivimos en la pandemia hoy día, donde la consigna es salvar empresas para así, salvar empleos.

La viabilidad, concluyó, debe construirse entre todos, empresarios, acreedores, trabajadores, contando con un esfuerzo social basado en la solidaridad y más allá de especulaciones economicistas. Hoy importa el hombre y su dignidad. Nadie se salva solo sentenció, parafraseando al Papa Francisco, reclamando una ética social que priorice el empleo en cualquier modelo legislativo que nazca en esta emergencia.

-----

Seguidamente hizo uso de la palabra la Dra. (CP) Alicia Kurlat, a quien el coordinador presentó muy cálidamente aludiendo a su dilatada trayectoria académica y versación en temas concursales, destacando el título de Magister que obtuvo nada menos que en evaluación de proyectos de inversión. Explicó Gebhardt que Alicia fue y es docente en numerosas universidades del país, las que

la invitan por ser, precisamente, una destacada profesional del ejercicio cotidiano de la sindicatura concursal.

La disertación de la Dra. Kurlat tuvo las siguientes aristas y un primer interrogante:

### **¿QUE SE ENTIENDE POR EMPRESA VIABLE?**

Sería aquella, dijo, que puede tener vida. Ahora bien, agregó, cabe introducir un concepto más para definir vida de una empresa y ese es el propósito definido para esta, la misión que pretende llevar adelante.

Puede tratarse de una ONG cuyo propósito sea llevar a cabo acciones de beneficencia, un ente cuyo objeto sea mantener un determinado plantel de dependientes, una sociedad pensada para prestar un servicio o una empresa cuyo objeto sea la rentabilidad.

Para cualquiera de estas u otras situaciones, sostuvo, se impone introducir un nuevo concepto que muchas veces es utilizado como sinónimo de viabilidad, este es la factibilidad: que se entiende por factibilidad, palabra que deriva del latín *factibilis*, de facto, hecho hacer. Es decir que factibilidad está relacionado con la posibilidad de que sea hecho.

Parece, afirmó, una disquisición semántica irrelevante, sin embargo, al momento de analizar una empresa, estos conceptos adquieren importancia.

La viabilidad está relacionada con el objetivo o propósito a cumplir, y en ese sentido es importante definirlo, y puede ser de diversa naturaleza: puede ser viable en lo económico, en lo comercial, si cumple una función social, en lo ambiental...

En el tema empresas y la materia derecho comercial, cabe avanzar sobre el concepto de rentabilidad, que es el tema a destacar.

Decir que es viable es ---sostenible;

Factible es --- lo posible y

Rentable es ---una meta u objetivo cuantificable.

También rentabilidad necesita una precisa definición, que quede establecida por dos dimensiones:

**1**-por un lado, un % relacionado con la inversión

**2**-y por el otro un espacio temporal.

A "posteriori" se planteó el núcleo central de su propuesta, a saber:

### **EL ANALISIS DE VIABILIDAD**

Seguidamente expresó que, para un proceso de análisis de viabilidad, lo primero es definir cuál es el propósito o misión u objetivo.

En función de éstos, hay que seleccionar las variables que intervienen en el negocio.

Esta es una tarea técnica de especial importancia y para hacer un estudio completo es necesario conocer en profundidad y detalle los requisitos técnicos, económicos, comerciales, financieros, sociales, humanos, ambientales, legales etc.

Se trata de identificar las variables que afectan o inciden en el negocio que pueden adquirir distintos valores, por eso son variables.

Con las variables definidas, y rangos de variabilidad analizados se construye un modelo del negocio, en el que confluyen todas las variables.

Así se pueden construir infinidad de escenarios combinando las distintas variables en sus distintos posibles valores.

Hay softwares que pueden procesar 10 mil 50 mil o más combinaciones de innumerables probabilidades posibles de las distintas variables, procesan datos estadísticos y aproximan al resultado más probable.

Este análisis es prospectivo.

La volatilidad de las variables. Cuanto más volátiles más difícil es la predicción. Hay variables erráticas que condicionan los resultados y aumentan el riesgo.

Hay variables complementarias, contrapuestas o indiferentes entre si.

También se puede analizar la sensibilidad del modelo.

Se puede estudiar la viabilidad de una *Start up*, o también de una empresa que está en marcha, en ese caso se cuenta con información histórica, verificando cuanto de los hechos del pasado sirven para realizar predicciones

Para concluir la Dra. Kurlat planteó lo siguiente:

**¿CUÁNDO NOS INTERESA SABER SI UNA EMPRESA ES VIABLE?** *Y respondió:*

-Para decidir la conveniencia de un concurso

-Para analizar la propuesta de acuerdo

-Para decidir sobre la quiebra en caso de incumplimiento del acuerdo

Seguidamente expuso casos de la realidad y de su actividad como síndico y asesora en cuestiones de insolvencia.

-----

A continuación, expuso el Dr. Mario Holand, de quien el coordinador hizo una breve semblanza de su larga experiencia académica, destacando en el colega una extendida labor docente, de grado y de posgrado en las Universidad Nacional de Rosario, la Universidad Austral, la Universidad Católica y la UCEL, entidad de la que fue Director de la Carrera de Abogacía. Señaló el Dr. Gebhardt en esa presentación también que el Dr. Holand fue Presidente del Colegio de Abogados de Rosario.

La exposición del nombrado fue, en términos resumidos la siguiente:

#### **LA EMPRESA VIABLE Y SU ACCESO AL CONCURSO PREVENTIVO. LAS NO VIABLES**

La cuestión en análisis, señaló, se centra específicamente en la empresa - como expresión del “presupuesto subjetivo” - por lo que en principio se soslaya cualquier referencia a las pequeñas economías domésticas, que refieren – fundamentalmente - a consumidores, empleados, profesionales, etc. Esto es, personas humanas que no realizan actividad económica organizada.

A partir de allí, se aborda la alternativa de recurrencia al proceso de reorganización judicial, en torno a diversas situaciones posibles respecto de la empresa comprometida:

a) empresa sin actividad y sin viabilidad.

b) empresa con actividad y sin viabilidad.

c) empresa sin actividad, pero con viabilidad.

En cuanto a la actividad, se arriba a la conclusión que – en nuestro Derecho Concursal actual– no se erige como un recaudo de proponibilidad de una solución preventiva, más allá de poner de manifiesto que la ley, en muchos de sus apartados, implícitamente parece referir a empresas en marcha. En tal sentido, aún en el extremo del caso “a”, el tránsito en un concurso deviene una alternativa interesante – aún – con contornos liquidativos, arribando al mejor acuerdo posible con el pasivo concurrente para la cancelación del pasivo con el activo disponible.

En el campo intermedio se ubica el caso “b”, para el cual – también – el concurso puede ser el escenario adecuado para aprovechar la poca actividad que resta para redefinir rumbos, modificar objeto, etc.

Otra trascendencia – explicó el Dr. Holand - tiene la cabal visualización de la viabilidad en el emprendimiento, lo que torna imprescindible poder definir con precisión el concepto para ensayar, desde un concurso, la reorganización, aunque no haya actividad presente. Es el caso “c”

Aquí asume total importancia poder precisar si la empresa conserva la capacidad de generación de recursos, si mantiene su lugar en el mercado, si está bien posicionada con relación a la competencia, si presta un servicio o tiene un producto que el mercado aprecia, quiere o necesita. Entre otras cosas, si – por ejemplo - aunque no cuente con “capital de trabajo” o bien con “activos físicos importantes”, en su lugar posee intangibles apetecibles, y, por lo demás, si está dispuesta a recurrir a vías nunca transitadas como eventuales asociaciones con terceros (uniones transitorias, conformación de grupos, “consorcios”, “alianzas estratégicas”, etc.).

En el mismo renglón, si se dispone a implementar medios no usados antes para cancelar pasivos (“*factoring*” de facturas de cobro, fideicomisos, pago con entrega de productos).

Si puede reprogramar y reformular su activo, desprendiéndose de lo ocioso. Y, finalmente, concluyó, si interesa la posibilidad de la transferencia los activos o la empresa misma a un tercero.

-----

Tocó el turno finalmente a la disertación del Dr. Bernardo Carlino, quien fue presentado por el coordinador señalando su formación como Contador Público, egresado de la Universidad Nacional de Tucumán de cuya Facultad de Ciencias Económicas, incluso, fue Decano. Señaló luego que el disertante es Doctor por la Universidad de Morón y obtuvo un posdoctorado en la Universidad Nacional de Córdoba.

Fue profesor Titular de Derecho societario y economía macro y micro, a la vez que Director del Instituto de Derecho Comercial de dicha Universidad.

Es autor de varios libros y publicaciones y es miembro de número de la Academia de Ciencias Políticas, Morales y Jurídicas de Tucumán y miembro correspondiente del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

El Dr. Carlino tuvo a bien aportar la versión escrita de su disertación, la que se transcribe a continuación.

#### **LA EMPRESA VIABLE POS PANDEMIA**

Empezaré por adoptar una definición de empresa “viable”: se trata de aquella que se desenvuelve mediante un plan de negocios de mediano plazo que le permita conseguir su objeto

social, dentro de una economía en crecimiento, con reglas jurídicas sencillas y estables, consagradas como tales por la Justicia competente, acompañando.

Para decirlo metafóricamente: el clima de negocios propicio para hacer viable una empresa, exige la convergencia del microclima económico y del jurídico. Solo en la lógica de ese ambiente es que se incentivarán los nuevos emprendimientos y la aparición de más emprendedores.

El microclima económico depende en gran medida de la intervención del Estado, lo que requiere no traspasar ciertos límites: su tamaño debe ser compatible con el desarrollo de la actividad privada, y la composición de su gasto debe contemplar las proporciones necesarias para la inversión pública, que, sumada a una burocracia eficiente, impulse el desarrollo sin violentar el equilibrio fiscal primario.

Es por todos sabido que desde hace muchos años la economía argentina, no solo está lejos de tales parámetros, sino que la creciente presión fiscal a través de más 150 impuestos amenaza permanentemente la viabilidad de las empresas. Teniendo en cuenta la densa trama jurídica que atraviesa el devenir de la actividad privada, las reglas jurídicas y la Justicia abarcan un amplio espectro, también considerablemente alejado de la estabilidad y muchas veces de la lógica.

El Indec difundirá esta semana el impacto de la pandemia y la cuarentena en la economía en 2020: será la caída más pronunciada desde la crisis de 2002. Según estimaciones públicas y privadas, el derrumbe fue cercano al 10%. Para este año, las mediciones de consultoras proyectan un rebote cercano al 5% y el Gobierno espera un 5,5 por ciento el dato que dará a conocer este miércoles el Indec sería, de acuerdo a lo esperado por el sector privado y el público, el de caída más pronunciada en casi 20 años. Para que una empresa sea viable, se necesita crecimiento y no solo rebote.

Dentro de este poco propicio horizonte, la pandemia y las decisiones estatales fulminaron una buena parte del espectro productivo (un tercio de las Pymes) y del empleo formal. De manera que el momento requiere con urgencia a la clase dirigente diseñar estímulos razonables al crecimiento con el compromiso de la estabilidad de los mismos, principalmente orientados a los emprendedores y las Pymes.

Nos preguntamos desde el Derecho Societario: ¿necesitamos más leyes? ¿Es necesario suspender o reformar las existentes?

La ley 27.349 proporciona en la Sociedad por Acciones Simplificada el vehículo más moderno y adaptado a las especiales circunstancias del país: amplio margen de autonomía de la voluntad, mínima y eficiente intervención del Estado regulador, soporte digital desde el mismo *íter* constitutivo a través de la plataforma de trámites a distancia (TAD) con simultánea obtención del CUIT y rubricación de libros con doble mecanismo de seguridad para las actas y la contabilidad: firma digital y replicación *block chain*.

Solo hace falta que las distintas jurisdicciones tengan facilidades de acceso y compatibilidad con estas tecnologías, para nivelar las asimetrías actuales.

Espero que la SAS resista los embates legislativos y reguladores de cooptación y que no se transforme en otro cuerpo moribundo, como le sucedió a la Sociedad Anónima Unipersonal, asfixiado por la hiper regulación de las autoridades de aplicación de turno. En mi opinión no es conveniente ni necesario el rumbo de las reformas si se desea estimular la viabilidad de los emprendimientos.

Debemos tener presente que la ley 27.349 contiene un verdadero sistema de financiamiento y de beneficios fiscales, definiendo las instituciones de capital emprendedor y su registro, y el Sistema

de Financiamiento Colectivo, que incluye la *Plataforma de financiamiento colectivo*: sociedades anónimas autorizadas, reguladas, fiscalizadas y controladas por la Comisión Nacional de Valores con el objeto principal de poner en contacto, de manera profesional y exclusivamente mediante portales web u otros medios análogos, a una pluralidad de personas humanas y/o jurídicas que actúan como inversores, con personas humanas y/o jurídicas que solicitan financiación en calidad de emprendedores de financiamiento colectivo.

También se ocupa del *Proyecto de financiamiento colectivo*: un Plan de Negocios a ser presentado por un emprendedor a través de una plataforma de financiamiento colectivo, para solicitar fondos del público inversor con la finalidad de crear y/o desarrollar un bien y/o servicio, que no es otra herramienta que un Plan de Negocios.

La ley se ocupa del encuadre de los considerados “inversores en capital emprendedor”, distinguiendo entre la persona jurídica –pública, privada o mixta–, fondo o fideicomiso –público, privado o mixto–, que invierta recursos propios o de terceros en instituciones de capital emprendedor; de la persona humana que realice aportes propios a instituciones de capital emprendedor o directamente a los emprendimientos. Es decir que el emprendedor puede ser considerado también inversor cuando realiza sus propios aportes al emprendimiento, y como tal, beneficiario del tratamiento fiscal dispensado por la ley, que consisten en deducciones de la determinación del impuesto a las ganancias.

Se creó el Programa “Fondo semilla”, con el objeto capacitar y financiar a aquellos emprendedores que pretendan dar inicio a un proyecto o potenciar uno ya existente con grado de desarrollo incipiente. La asistencia financiera consistirá en créditos blandos, aportes no reembolsables (ANR) y/u otros instrumentos de financiamiento a determinar por la autoridad de aplicación.

Solo hace falta que la letra de la ley tenga principio de ejecución.

**La ley de teletrabajo.** A fines de marzo, según una encuesta sobre acciones y preocupaciones de directivos de recursos humanos en la que participaron 111 empresas argentinas, solo el 9% tenía la mayoría de sus empleados con teletrabajo antes de la crisis, y el 65% no contaba con colaboradores trabajando desde sus hogares en ese momento.

En las primeras décadas del siglo XX, el radioteatro cautivó grandes audiencias. Se trataba de llevar a la práctica este arte sin elementos visuales, sino exclusivamente a partir del sonido, la música y los efectos auditivos que la radio les permitía. Esta imagen se aplica a muchas empresas que intentaron reproducir su actividad presencial de manera virtual, pero teniendo pocos elementos facilitantes para que ello fuera posible ya que tienen una infraestructura tecnológica muy básica y sus sistemas de información son elementales, no han sido actualizados en los últimos años, solo han hecho parches a los mismos. En cuanto a sus procesos de trabajo, han intentado adaptar lo presencial a lo virtual, con poca suerte.

Recientemente aprobada, la ley 27.555 tiene como objetivo ordenar esta forma de trabajo que creció exponencialmente en tiempos de pandemia. Con más de 5 meses de demora, el Gobierno nacional publicó este miércoles en el Boletín Oficial el decreto que reglamenta la denominada Ley de Teletrabajo; será el Ministerio de Trabajo el que dicte una resolución fijando la fecha de inicio del cómputo de esos 90 días, según el decreto publicado en el Boletín Oficial.

Los puntos más cuestionados de la norma son la reversibilidad, que implicaría que las compañías mantengan el lugar de empleo “físico” por si un trabajador que hace *homeoffice* quisiera volver a su oficina, y la posibilidad de “desconexión digital”, que no se ajustaría a la realidad de distintos

sectores económicos. Para los economistas, este tipo de medidas representan un desincentivo a la contratación de empleados y criticaron la ley por 'ser muy rígida y poner trabas' al funcionamiento de la relación laboral.

La ley 27.570, sancionada en el Congreso en octubre de este año, ofrece beneficios fiscales para fomentar las actividades de este sector y una rebaja de hasta 70% en las contribuciones patronales. Además, otorga beneficios adicionales en las contribuciones patronales para las empresas que empleen mujeres, personas con discapacidad, residentes en zonas de menor desarrollo, travestis y transexuales.

El Poder Ejecutivo reglamentó la Ley de Economía del Conocimiento, que tiene como objetivo promover nuevas tecnologías, generar valor agregado, fomentar el empleo de calidad, facilitar el desarrollo de PyMES y aumentar las exportaciones de empresas que se dediquen a la industria del software; la nanotecnología; la biotecnología; las industrias audiovisual, aeroespacial y satelital; la ingeniería para la industria nuclear y la robótica, entre otras actividades.

Los principales puntos del Decreto 1034/2020, que reglamenta la Ley, son:

**Fondo fiduciario.** El Fondo para la Promoción de la Economía del Conocimiento (FONPEC) se estructurará a través de un fideicomiso y la tasa de aporte de las empresas a dicho fondo será según el tamaño de empresa. Las microempresas aportarán el 1% de los beneficios percibidos; las pequeñas empresas, el 2,5%; y las grandes empresas, el 3,5%.

**Destino de los fondos.** Los recursos del FONPEC se destinarán exclusivamente al financiamiento de actividades de capacitación y formación de MIPYMES. Se concretará mediante diferentes instrumentos, como préstamos, Aportes No Reembolsables, bonificación de la tasa de interés de créditos bancarios y garantías, entre otros.

Las empresas de Servicios Basados en el Conocimiento (SBS) exportan cerca de u\$s6.000 millones al año, una cifra que ubica al sector como el tercer complejo exportador del país. Además, emplea a más de 250 mil trabajadores, con salarios promedio muy por encima del resto de la economía, y se prevé que para 2030 de trabajo a medio millón de personas. Solo la industria del software y servicios informáticos aporta alrededor de 7.700 puestos de trabajo y se estima que existen 6.000 vacantes sin cubrir.

En Argentina, el Club del Inversor Ganadero es un claro ejemplo de inversión colaborativa. Cientos de pequeños inversores aportan dinero a una ronda "un campo con x cantidad de vacas". Estas inversiones le permiten al productor desarrollar su negocio sin los avatares de los problemas financieros, poner foco en su trabajo y evitar la presión de grandes inversores o la necesidad de vender los animales antes de la finalización de su ciclo productivo. Este proyecto ya lleva más de 30 rondas con inversiones que superan los 50 millones de pesos.

La sesión concluyó con una serie de preguntas al panel expositor, las cuales a su vez fueron objeto de respuestas y ampliaciones en un enriquecedor debate.

**INFORME DE GESTIÓN Y RESPONSABILIDAD ¿HACIA UNA RESPONSABILIDAD DIFERENCIADA?****María Fernanda COCCO****Expositores: María Fernanda COCCO, Jorge Fernando FUSHIMI y Raúl NISMAN****Coordinadora: Laura FILIPPI.**

El presente trabajo es la síntesis que se expuso en el Noveno Conversatorio virtual del ciclo "Empresa y Crisis. Propuestas innovadoras pensando el derecho comercial para la Argentina", que se realiza de manera integrada con el "Seminario Anual del Instituto de Derecho Comercial" que se desarrolló el día miércoles 5 de mayo de 2021. Navegando junto con El Arca.

Primero formalizo el informe de la sesión. En ese conversatorio expusieron junto con esta autora, los Profesores Jorge Fernando Fushimi y Raúl Nisman sobre la temática "Gestión societaria y responsabilidad", con la brillante y destacada coordinación de la Prof. Dra. Laura Filippi. El Prof. Jorge Fernando Fushimi expuso sobre "*Responsabilidad contable de los administradores*". A su vez, el Prof. Raúl Nisman disertó sobre "*Compliance o transparencia de la información*".

Esta autora bajo el título de "*Informe de gestión y responsabilidad*", asumió la difícil tarea de unir esos dos temas que aparecen, sólo en principio, como desconectados.

Segundo, introduzco la desgrabación de mi intervención, manteniendo el forma coloquial e interrogativa para introducir a la polémica que llevan estos conversatorios.

En pos de vincular estas temáticas, propuse una relectura del artículo 72 de la Ley General de Sociedades. Dicho artículo expresa: "*La aprobación de los estados contables no implica la de la gestión de los directores, administradores, gerentes, miembros del consejo de vigilancia o síndicos, hayan o no votado en la respectiva decisión, ni importa la liberación de responsabilidades*".

Se aprecia que, tanto al hablar de la responsabilidad sobre la forma correcta de llevar la contabilidad dentro de las sociedades, cuanto al hablar sobre qué es la *compliance* o la transparencia de la información, son temáticas que se unen en un punto, a saber: tenemos que empezar a darnos cuenta que, en nuestra Ley General de Sociedades, a pesar de ser una ley muy técnica, se encuentra lo que la filosofía jurídica denomina como "conceptos jurídicos indeterminados".

¿Dónde nos encontramos con estos conceptos jurídicos indeterminados? Pues bien, de una parte, se habla de la aprobación de la gestión, pero, de otra parte, no se dice claramente cómo se aprobaría esa gestión o qué implicancias tiene aprobar esa gestión. Así encontramos una primera noción que podemos catalogar como concepto jurídico indeterminado: "gestión". A este punto hay que sumarle el aporte de leyes nuevas, como la de *compliance*, que imponen o fuerzan a abrir las mentes a empezar a estudiar temáticas con otras miradas, desde otro lugar.

Los que participamos del conversatorio recalcábamos que en el grupo que se generó el año pasado y que se denomina "El Arca" estaban representadas las distintas profesiones y, por consiguiente, distintas miradas y formaciones. Por mi parte, digo que no es suficiente. Es cierto que están presentes abogados y contadores, pero están faltando los administradores de empresa con la especial formación que reciben; y me surge la siguiente duda ¿están presentes todos los operadores del derecho? Reflexiones que comparto con ustedes a fin de seguir pensando y repensando respecto de cómo nos acercamos a la ley.

Empezando a entrar en tema, al releer el artículo 72 LGS se hace palmario el darnos cuenta que, evidentemente, si la aprobación de los estados contables no implica la aprobación de la gestión de los administradores es claro que está faltando un “algo” para que la sociedad pueda aprobar la gestión social. Los invito a leer algunos escritos sobre la temática que me pertenecen<sup>3</sup> en los cuales intenté adentrarme en el estudio de las posturas que sostienen los administradores de empresas y, que a mi humilde criterio, pueden ser útiles para dotar de contenido a estos conceptos jurídicos indeterminados.

En este acercamiento al estudio del informe de gestión, retomé todas las enseñanzas de Efraín Hugo Richard respecto del plan de negocios y, como una cosa hace congruente a la otra, llegué a la conclusión que debe existir un plan de empresa. Plan que la ley no marca ni exige como obligatorio.

Al mismo tiempo, la Ley General de Sociedades está anclada en el reconocimiento del principio de autonomía de la voluntad de las partes. Entonces si la ley no lo exige nada impide que, haciendo aplicación de ese principio, se lo incluya, se lo prevea, se lo genere como obligatorio para la funcionalidad de la sociedad, para esa empresa y, en ese sentido, al empezar a dimensionar qué es lo que implicaría tener un plan de empresa, un plan de negocios, una planificación empresaria, es cuando empiezan a cobrar relevancia esas teorías que se manejan dentro de la administración de empresas y se puede comenzar a dotar de contenido a esta problemática.

Ahora bien, ¿cuáles son estas teorías? las teorías de la planificación empresaria, las teorías del buen gobierno corporativo, las teorías de la responsabilidad social empresaria. Estas teorías se han desarrollado y empiezan a tener alguna recepción legal. Así encontramos alguna referencia en las legislaciones de las entidades financieras que exigen algunas conductas de forma puntual, dotando de mayor contenido a estas obligaciones de los administradores que en la Ley General de Sociedades están definidas más genéricamente. También, se van receptando en las regulaciones de las personas jurídicas que no tienen finalidad de lucro de esa manera más puntillosa.

En este punto es donde se logra integrar lo que venimos describiendo con la reforma que tuvo la Ley General de Sociedades al entrar en vigencia el Código Civil y Comercial. Concretamente, se hace referencia al artículo 100 que regula la remoción de las causales de disolución y establece: *“Las causales de disolución podrán ser removidas mediante decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen, si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad. La resolución deberá adoptarse antes de cancelarse la inscripción, sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas”*. Para que lo previsto en la norma sea posible, la empresa debe ser viable tanto desde el punto de vista económico cuanto social.

Todas estas teorías marcan y, allí es donde reside el gran desafío para los operadores del derecho, el inicio de una mutación de la concepción de qué y quién es responsable. ¿Por qué? porque hay una costumbre de referirse a la gestión de los administradores y asumir que eso termina o concluye allí. Las posturas que están hablando del buen gobierno corporativo, de la responsabilidad social empresaria, cuando regulan e incluyen dentro de las acciones que deben

---

<sup>3</sup> Cocco, María Fernanda El informe de gestión de los administradores societarios. Una aproximación a su contenido. ESTUDIOS DE DERECHO EMPRESARIO. Córdoba: UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA. 2013 vol.1 n°. La responsabilidad de los administradores societarios. Una mirada desde la teoría administrativa. Ensayos de Derecho Empresario Volumen VIII. Córdoba: Fundación para el Estudio de la Empresa - ESPRESA. 2013., La viabilidad económica y social. El plan de negocios, el informe de gestión y la memoria. Argentina. Mendoza. 2016. Libro Congreso XIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa., Responsabilidad de los administradores y su vinculación con el plan de negocios. Argentina. Córdoba. 2015. Libro Congreso IX CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL Y VII CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA.

llevar adelante los órganos de la sociedad o lo que deben tener en cuenta como es el caso de la estructuración interna, entendido como proceso administrativo, las políticas de empleo, las políticas medioambientales, empiezan de este modo a dividir la gestión social en dos aspectos: por un lado, la gestión social interna y, por otro lado, la gestión social externa.

En la gestión social externa se hacen visibles las partes de interés y, de ello se deriva, que esta gestión social no solamente debe rendir cuentas internamente a la sociedad y a sus principales destinatarios, que son los socios, sino también debe rendir cuentas externamente. Dentro de ese ámbito externo, nos encontramos con la actividad social en la que se inserta, los proveedores, los consumidores, y el público en general. Aquí es donde se vincula con la transparencia; pero no podemos lograr la transparencia si no se tiene en cuenta la faz interna que influye decididamente y ¿por qué?: porque uno de los aspectos fundamentales del contenido de ese informe de gestión necesariamente es financiero o económico y, por supuesto, cobra absoluta relevancia todo lo que es la contabilidad de la empresa.

Luego, está el otro componente que podríamos denominar social, para integrarlo en esta nueva relectura que estamos haciendo de la Ley General de Sociedades, aquí cobran relevancia estos otros aspectos que son: las políticas de empleo, las políticas de la administración interna, las políticas de la toma de decisión, las previsiones sanitarias y ecológicas, y las políticas asumidas en cuanto a la transparencia de todo este proceso interno para esas partes interesadas, denominadas externas porque no son solamente los socios sino esa noción más amplia a la que hicimos referencia antes, particularmente por el daño que se pueda causar a terceros..

Es precisamente aquí donde se empieza a vislumbrar la mutación del concepto de responsabilidad porque se vincula con la mutación del concepto de rendición de cuentas de la gestión social y, en ese mutar, se amplía, se ensancha y, pasaría de a ser responsabilidad del ente (en nuestro caso, sociedad) por la gestión social desarrollada de acuerdo con estas nuevas interpretaciones de las normas. La pregunta es: ¿mutan los conceptos? Aún no me atrevo a dar una respuesta sobre el interrogante... los estudios sobre la temática aún son preliminares... en estos estudios se debe contar con el soporte de la formación que tienen, para dar la discusión como corresponde, de los administradores de empresa.

Un tema para abordar y estudiar profundamente, porque si esto fuera así, es decir, que muta la noción de responsabilidad de la gestión social a una responsabilidad del ente (sociedad) por la gestión social, se tendrían que analizar las consecuencias normativas por la oportuna presentación en concursos preventivos, por citar un ejemplo, en cuyo caso no sería solamente responsabilidad de los administradores, sino que sería responsabilidad de la sociedad, ergo de los socios que por acción u omisión permitieron el daño.

Espero haber dejado planteadas estas inquietudes para la discusión colectiva en el limitado tiempo en que he tratado de exponer una compleja novedosa cuestión.

***SOBRE LA NECESIDAD DE REGULAR EL FINANCIAMIENTO POST CONCURSAL (CON O SIN PANDEMIA). ¿ESTAMOS ANTE UN NUEVO MODO DE VER LA CUESTIÓN EN EL HORIZONTE DE SUCESOS?***

***Marcelo BARREIRO y E. Daniel TRUFFAT***

***“En relatividad general, el horizonte de sucesos se refiere a una hipersuperficie de frontera del espacio-tiempo, tal que los eventos de un lado de ella no puedan afectar a un observador situado al otro lado”***

## **I. REFLEXIÓN INICIAL**

Como hemos referido reiteradamente, desde hace años el derecho concursal está en crisis (evolutiva, en reforma permanente) en todo el orbe a caballo de las cada vez más frecuentes y extendidas crisis económicas instaladas. Ello ha generado una nueva agenda concursal en el siglo XXI sobre la que la doctrina viene trabajando fuertemente.

Nuestro país se encuentra hace largo tiempo transitando un escenario de caída económica, que se ha profundizado en la última década sin crecimiento real de la economía ni del empleo, con largos períodos de recesión (más alta inflación, devaluación permanente, cambio de las reglas de juego, etc.).

Ni hablar la que se provocó en todo el mundo (y en nuestro país especialmente) como consecuencia de los cierres de actividades económicas, restricciones de circulación y cuarentenas adoptadas como mecanismos tendientes a paliar el costo en salubridad provocado por el COVID 19. Como referimos recientemente ambos autores en un trabajo conjunto “Por lo demás, hemos visto como aún a pesar de esa espada de Damocles que es la decretada prohibición de despedir (que rige en mérito a un DNU largamente renovado), miles de unidades productivas (en algunos rubros como gastronomía y vestimenta) han cerrado definitivamente sus puertas sin resolver la contingencia laboral, ante la imposibilidad de continuar”.

Frente al escenario crítico prepandemia, la ley 24.522 ya había quedado anacrónica en muchas previsiones necesitando una reforma integral que contuviera la mencionada agenda concursal del siglo XXI. Obviamente, frente a la nueva crisis generada al calor de la pandemia, es evidente que dicha agenda ha sido reajustada y que la ley de concursos y quiebra que ya no encajaba fluidamente en las realidades del mercado, está más desajustada aún para enfrentar los dilemas críticos de la hora.

Sin perjuicio de ello, y ante ese estado de cosas, nuestro país no ha legislado reforma alguna de la ley concursal (ni temporaria ni definitiva) para afrontar la pandemia en contra de la opinión mayoritaria de la doctrina nacional y de lo que buena parte del mundo occidental ha hecho, lo que hemos criticado acerbamente. Nosotros somos claramente partidarios de formular reformas legislativas que atiendan la coyuntura, aun cuando la hipotética vuelta a tiempos de normalidad las deje de lado.

Frente a ello, y por ello, hemos postulado que: “Es tarea de la doctrina abandonar los prejuicios y modos de las dos últimas décadas (reacción contra la parafernalia indetenible de abusos en otros tiempos de angustia: la salida de la convertibilidad) y ayudar a los Magistrados a ver esta descarnada realidad tal cual es: un derrumbe general, una caída a un pozo oscuro y sin fin. Un sismo injusto y

sorpresivo. Siempre lesivo con cualquiera, pero especialmente dañino en un escenario nacional que lleva, como mínimo, más de una década diez años de manifiesto estancamiento, sin creación de empleo ni crecimiento (con excepción del año 2016)". Desde allí nuestra pretensión de obtener un cambio de la realidad de interpretación y aplicación de la ley concursal por parte de los jueces nativos para afrontar la grave situación, intentando acercar la praxis judicial a dicha nueva agenda, y a dar mayores elementos para permitir la salida a la mayor cantidad de sujetos en crisis posible. No es momento hoy de permitir que sigan cerrando establecimientos o unidades productivas, que nadie se anime a emprender, o que sigan cayendo vastos sectores de las clases medias a un abismo que parece no tener fin.

En tal sentido creemos que deberá ser el pretorio quien trate en esta coyuntura crítica, a través de una razonable y teleológica interpretación de las normas dar carnadura ante el caso concreto de dicha nueva agenda, colaborando con dar solución a la triste realidad económica descrita desde el propio lugar, y en la magnitud de lo que un trámite judicial puede hacerlo. Quizás utilizando la norma nunca derogada dispuesta en el art. 12 de la ley 25.563 para requerir al B.C.R.A. que cumpla con la regulación de la normativa pendiente.

## **II. LA FINANCIACIÓN POST CONCURSAL COMO EJE DE LA AGENDA. LA NECESIDAD DE ATENDER LA CUESTIÓN AÚN SIN NORMA:**

Es claro que el proceso de concurso preventivo que termine con un acuerdo homologado reestructura el pasivo, pero, ello por sí solo, no resulta garantía de una salida viable para la empresa en crisis. En la mayoría de los casos, aún cuando además de una restructuración de la deuda se hubiere realizado una reconversión integral del sujeto en crisis, sin fondos que apuntalen la salida, resulta harto difícil ésta.

De allí, que la financiación durante la etapa en que se negocia la restructuración de deuda y aquella que asiste a la empresa saneada en sus primeros tiempos debe ser visto como una necesidad esencial y a la que se puede aportar o arribar desde diversos ángulos. Tanto es ello así que dicho *dipfinancing* es punto esencial de la guía Insol 2020 de cambios operados en las legislaciones concursales en el curso de la pandemia postulaba la regulación de este instrumento como uno de los puntos en curso en diversos países.

No es solo determinar hasta qué punto es tolerable para nuestro sofisticado paladar jurídico conceder preferencias a los terceros que financien o (herejía máxima) a los propios socios, sino que el tema puede encararse, incluso, desde aproximaciones más sutiles. Por ejemplo, las entidades bancarias están siempre mejor predispuestas a rescates al modo de los concursos pero que queden en el ámbito privado (sin advertir la poderosa palanca para cualquier negociación y arreglo que es la autorización judicial y las previsiones del art. 121 LCQ) y por una equívoca "sobre privatización conceptual" de una figura que tiene poco de extrajudicial y mucho de actuación ante el pretorio, el APE.

Digamos que resulta entendible el afecto por este "subtipo concursal" porque al estar ausente la intermediación sindical, el deudor se sintió constreñido a abrir de modo generoso la información sobre su situación y sobre las proyecciones futuras –lo cual, en cierto punto, es una de las pretensiones básicas de todo dador de crédito. El que da crédito es porque "cree" y para ello (como Santo Tomás) los acreedores profesionales sólo creen si "ven". Ese acreedor profesional, solo creerá si ha sido provisto de información confiable y a la que ha podido someterla a serio análisis técnico.

Fue –llamativamente- durante la crisis 2002/2003, en buena parte de los APE tramitados para grandes deudas, donde mejor funcionó este deber informativo y de colaboración (sin síndicos y sin audiencias) en donde las compañías endeudadas en dólares en el exterior post devaluación, abrían sus números. Se dio así una verdadera construcción conjunta de la propuesta entre los deudores y sus grandes acreedores, quienes exigían esto para volver a confiar. Sobran los ejemplos del éxito de esta figura (que merece una puesta en valor y actualidad dentro de la reforma integral de la ley) en esos grandes casos.

La asignación de asistencia hace al interés concursal que persigue la ley. Aplicado este concepto a las empresas y en especial a aquellas que se revisten de ropaje corporativo, es obvio que hablamos de un interés atinente a su supervivencia (LGS, art. 100) y su preservación como sujetos útiles y con personalidad diferenciada a los fines del tráfico (LGS, arts. 1 y 2). Hubiéramos dicho, como le gustaba al maestro Butty, al tráfico “mercantil”. Pero la inexplicable omisión de un Estatuto del comerciante el Código Civil y Comercial nos priva de tal específico modo de hablar.

Cabe enfatizar la explicación sobre qué se entiende por interés concursal.

Todo el mundo sabe de las diferencias teóricas entre los autores de este trabajo sobre la existencia del “interés concursal” porque para Barreiro hay un algo que merece ese nombre y para TRUFFAT es un mito. Pero entiéndase un “mito” en tanto técnica de personalización implícita que permita atribuir al concurso (a un proceso concursal en particular) un cierto interés subjetivo –lo que para dicho coautor no es sino una manifestación de la simple y directa (pero increíblemente encubierta) voluntad del juez-.

Si por “interés” se entiende una “finalidad” que define y limita a las previsiones legales y que la ordena (finalidad recogida por la ley) hay consenso entre ambos coautores. Y hoy más que nunca, en este estado de cosas profundamente crítico donde más claramente dicho interés concursal – a cargo del tribunal en su interpretación y aplicación- debe tender a intentar preservar las unidades económicas.

En tal sentido, la financiación post concursal apunta a que se cumpla esa finalidad: y la misma es honrar los pasivos concurrentes y preservarse como sujeto existente y útil dador de empleo.

Incluso, siguiendo el sabio consejo de Maffía en el sentido de tener siempre presente la distinción entre concurso-instituto y concurso-proceso podría decirse que “stricto sensu” no estamos analizandohacia dónde va el derecho concursal instituto, salvo algún caso, sino más bien hacia dónde va el concurso en tanto proceso. Proceso que no se debe hacer en vano (en la lógica de “crónica de una muerte anunciada”) sino para remover el deletéreo fenómeno de la cesación de pagos y minimizar, por vía de su socialización, el daño padecido por aquellos que tuvieron, permítasenos el símil traído de los pesares de la pandemia “**contacto estrecho**” con el cesante.

Durante el debate que siguió a cierta conferencia en la que se inspira este trabajo, el Contador JUAN ULNIK remarcó, con pesar, que la clase política (fuera del partido que fuese) no está atenta a cuestiones como las que aquí se exponen. La sociedad civil (a través de los institutos de investigación, de las universidades, de los congresos de la especialidad), así como los jueces con sus fallos, “empujan” en pos de soluciones. Pero después estas no se trasladan a los textos legales.

Es imposible no traer a cuento la juguetona frase del recordado contador chaqueño OSCAR NEDEL, quien en el prólogo de su “Pronto pago laboral”, al expresar que cargar con el peso del salvataje a las cooperativas serviría tan solo como “combustible residual de incendios anticipados” remató con un irreverente: “Estamos acostumbrados a los parches de nicotina, pero nos seguimos

fumando la esperanza”. La temática hoy vigente, admite esta formulación. Algo brutal, pero clarificadora.

Ahora bien, entendiendo que la financiación post concursal (el aporte de dinero fresco para apuntalar la salida de la crisis) es un bien fundamental en la recuperación empresarial, y que la aportación de dichos fondos no se encuentra prevista en nuestra legislación, urge para nosotros habilitar la posibilidad de contar con ella a través de la ingeniosa inventiva de los operadores jurídicos, con el aval del pretorio. Frente a la inacción legislativa y la necesidad, no cabe otra posibilidad.

Así, entendemos que existen puntos a aclarar previamente sobre la cuestión, así como diversas posibilidades para dar viabilidad al tema, a saber:

- Podría intentarse la obtención de recursos monetarios que apuntalen la salida por intermedio de una solicitud de autorización de actos prevista en el art. 16 de la ley 24.522, que funden un plan de asistencia crediticia asociado a un plan de salida y, obviamente, a la propuesta;
- Debe posibilitarse (al menos durante el período en el que nos encontremos en la Insolpandemia) la aportación del dinero por parte de los vinculados. Estos últimos que en buena parte de los casos serán los únicos tentados para aportar – para peor- corren el riesgo de ser considerados subordinados por la aplicación de alguna jurisprudencia, con la que no coincidimos, en un claro ejemplo de “equitablesubordination”, el que debe ser disipado como opción totalmente en esta crisis. Esa subordinación creada pretorianamente no es ni puede ser automática ni se basa en normas específicas en el código de bancarrotas americano que es construida por la “jurisprudencia especializada”, que no tiene correlato local. En términos generales allí las Cortes analizan si ha habido fraude, ilegalidad, violación de deberes fiduciarios, infra capitalización, o cuando el reclamante es un testaferro del deudor.
- Siguiendo con el tema de las “partes relacionadas” uno de los autores del presente dio cuenta que uno de los grandes temas en debate en dicho encuentro académico era qué correspondía hacer con los titulares de créditos de partes relacionadas pre y post concurso. En dicho artículo refirió el ejemplo de la legislación concursal española (art. 92) que subordina los créditos concursales de “una persona especialmente relacionada con el deudor y los créditos que surgen como consecuencia de una rescisión concursal de que sean titulares personas que actuaron de mala fe”. Dicha subordinación ha sido suspendida a causa del estado de alarma decretado en dicho país como consecuencia de la pandemia, transformando a dichos créditos en quirografarios, siguiendo las sugerencias de la mencionada guía Insol.
- Entendemos también que podría plantearse una propuesta de acuerdo con repago preferente para acreedores que aportaran fondos destinados a capitalizar al concursado en el proceso de salida, aplicados a un plan de empresa. Algún antecedente en nuestro país ha admitido la cuestión autorizando la obtención de un préstamo durante el concurso permitiéndolo y asumiendo garantías debido a que “el financiamiento requerido con el objeto de orientarlo a producir capital de trabajo parece beneficioso para la actividad de la empresa, en tanto posibilitará destinarlo a la producción, lo que generará mayor actividad comercial en el plan de negocios que se ha propuesto” y consideró “la conveniencia de la operación, incluso con las garantías pretendidas”.

### III. MECANISMOS DE FINANCIAMIENTO POSIBLE PREVISTOS EN OTRAS LEGISLACIONES:

Como hemos referido una de las problemáticas esenciales de la salida de una empresa en crisis es el acceso a financiación post concursal en condiciones razonables. La regulación de esta cuestión atiende a una regla de interés o bien general del colectivo sujeto a la crisis, en tanto “la preferencia otorgada a los créditos que resulten del “post-petition financing” necesariamente implica (en la postulación de nuestra tesis) una subordinación judicial impuesta al resto de los acreedores, quienes consecuentemente se expondrán a un mayor nivel de riesgo. Pero este será el “precio” que los demás acreedores deben pagar a efectos de propiciar el salvamento de la empresa, bajo la idea del control del acreedor parásito.

Sobre ello, nos ilustra Goldemberg Serrano sosteniendo que: “Al respecto, la maximización de las posibilidades de cobro puede ser económicamente caracterizada como un “bien público”. Ella no produce rivalidad (esto es, el beneficio obtenido por uno de los acreedores no disminuye las ventajas disponibles para los demás acreedores), ni sus “usos” resultan excluyentes (en la medida que no se hayan establecido medios para limitar tales ventajas al financista). De lo anterior resulta que bien puede presentarse una de las caras de la tragedia de los recursos comunes, caracterizado como el problema del **parásito o free rider**. Como explican Levatti, Sutter y van der Heijd en, cuando las decisiones son tomadas en el marco de una colectividad, cualquiera sea su origen, se enfrentarán necesariamente los intereses colectivos, basados en el mejor beneficio del grupo, con las pretensiones privadas de los individuos, que, racionalmente, buscarán efectuarlos menores esfuerzos posibles si sus frutos no les son asignados en exclusiva, sino que se distribuyen entre los miembros de la colectividad”.

Atender a esta cuestión y regularla no resulta solo prioritario en nuestro país a la vez que dificultoso.

En **España** recordemos que en la primera versión de su ley concursal de 2003 nada preveía al respecto, en la reforma introducida mediante la ley 38/2011 se prevé la posibilidad de otorgamiento de financiación en el escenario pre concursal, pudiendo dicho dinero constituir en un 50% un crédito contra la masa, y otorgándole al otro 50% un privilegio general (art. 100.5 LC). Como nos refiere Viri Salgado y Fernández Fernández en el trabajo citado en el escenario post concursal, se regula en el artículo 100.5 de la ley la posibilidad de otorgamiento de dicho financiamiento. Así nos dice que se “califican por ley como prededucibles (en caso de liquidación) todos aquellos préstamos otorgados para sufragar los gastos ocasionados por la ejecución del plan de viabilidad, así como los restantes empréstitos asumidos por el concursado una vez se ha producido la aprobación del convenio por parte del juez y mientras continúe vigente el concurso”, así como también “Por otra parte, también aparece una previsión legal expresa de calificación crediticia a favor de los préstamos otorgados para permitir la ejecución del proyecto de viabilidad. Se debe recordar en este aspecto que este grupo está integrado por todos aquellos créditos que los financiadores se han obligado a entregar a la concursada en virtud del convenio firmado. De este modo, este conjunto recibe la calificación de créditos contra la masa (así pues, con carácter de pre deducibilidad) siguiendo lo expuesto en el artículo 84.2. 11º de la nueva ley”.

Como refiere PULGAR EZQUERRA “en el modelo español el reconocimiento de un ‘fresh money’ a la financiación preconcursal, son los mismos que determinan la tipicidad de un acuerdo de refinanciación y a los que se condiciona en el art. 71.6 LC la protección legal dispensada en un eventual escenario concursal”.

Así, en tal sentido resulta pertinente –por entenderlo plenamente aplicable a nuestra realidad– referir un trabajo de Vidri Salgado y Fernández Fernández, quienes sostienen en **España** que: “La

dificultad de acceso a la financiación postconcurzal es uno de los principales retos a los cuales se enfrentan las empresas patrias que han sido capaces de sobreponerse a una situación de concurso de acreedores. La ausencia en el Derecho concursal español de un sistema de fuentes estables de financiación postconcurzal, algo contrario a lo recomendado por los principales organismos mercantiles internacionales y a lo previsto por la legislación concursal de numerosos países de su entorno, termina por producir la desaparición de muchas compañías que no son capaces de obtener capital para continuar desarrollando su actividad una vez han vencido el escenario de insolvencia. No obstante, la normativa concursal nacional ha introducido, tras sus últimas reformas, un conjunto de incentivos a la mencionada financiación postconcurzal, que aportan esperanza hacia el futuro establecimiento de vías permanentes de consecución de la referida financiación. En el extremo contrario se encuentra el Derecho concursal estadounidense, que sí contiene fuentes estables de obtención de financiación postconcurzal, algo que proviene fundamentalmente de la función conservativa que este ordenamiento otorga al concurso de acreedores (tendente a la conservación de la empresa en posición de crisis económica), frente a la función conservativa asignada por la ley española (orientada a la satisfacción de los intereses de los acreedores afectados por el concurso)".

Como ya hemos referido algunos países regulan el financiamiento post concursal de modo explícito como un mecanismo claro que permite la reconstrucción del capital de trabajo de una empresa en crisis.

En **Francia** "el privilegio del "dinero fresco" o *freshmoney*, fue pensado hace más de diez años en el marco de acuerdos de conciliación y homologación, y es el privilegio otorgado al que trae *new money*; la aportación de fondos nuevos al deudor con la finalidad de la continuidad de la actividad, o, esto casi no se hace, aunque trae un nuevo bien o servicio. No se aplica a los socios o accionistas si traen el dinero en el marco de una ampliación de capital. Tampoco, si se trae dinero fresco, pero es para pagar un crédito anterior. Pero sí se aplica si es un préstamo, una puesta a disposición de fondos. Tanto es ello así, que refirió la profesora citada que "lo más nuevo en el derecho francés para favorecer la financiación por un inversor, incluso contra la voluntad de los accionistas (medidas que aún no existen en el concurso preventivo), es que, mientras se prepara un plan de saneamiento, de restablecimiento, hay dos nuevas medidas para apoyar la entrada de un inversor en contra de la voluntad de los accionistas. La primera es la confiscación por el juez del derecho de voto. Y la segunda, sólo en grandes empresas, es la cesión forzada de los títulos".

En el país galo quienes hubieran concedido al deudor una nueva aportación (esto es requisito ineludible) con el objeto de conservar la empresa y la continuidad de su actividad, tiene derecho a ser reembolsado preferentemente respecto a los demás créditos contraídos antes del concurso.

En **Italia**, "...no teníamos ninguna disposición específica de protección del financiador. Pero luego, con las reformas del 2010, 2012, 2015, las cosas han cambiado radicalmente. Ahora tenemos dos formas de protecciones. En caso de fracaso del intento de saneamiento y consiguiente apertura del procedimiento de insolvencia, tenemos la pre deducción del crédito del financiador y la exoneración de la acción revocatoria de los pagos y de la constitución de garantías, a favor del financiador. Esos son las dos soluciones del sistema italiano. Ahora bien, la prededucción que tenemos en Italia me parece que es distinta a la que tienen en Francia, por ejemplo. Hay diferencias importantes entre el rango de un crédito y la deducción. Porque el rango de un crédito -si es privilegiado, quirografario o subordinado-, entra en juego cuando se abre el concurso sustancial de acreedores. La deducción tiene el objetivo de quitar del concurso sustancial, un crédito. Así, un crédito que goza de la deducción puede ser a la vez privilegiado o quirografario o subordinado". Allí la financiación prededucible, preconcursal en ciertos supuestos, queda a salvo de las acciones de revocatoria

concurzal, e incluso: Si el plan de convenio prevé, por ejemplo, que un Banco haga un préstamo a la empresa después de la homologación, y el plan recibe la votación de los acreedores que aprueban la propuesta hecha en el plan, si luego el plan fracasa y se abre el procedimiento de *fallimento* en Italia, el crédito hecho por el Banco queda como una deuda de la masa, y será deducible”.

Como dijo uno de los autores del presente tiempo atrás: “Colombia permite otorgar preferencias flexibilizando la previsión legal para los acreedores que colaboren contribuyendo con recursos frescos o mejorando el capital del trabajo y aportando a la recuperación del deudor (por cada peso aportado un peso de privilegio). El acreedor o entrega nuevos recursos o condona parcialmente obligaciones u otorga quitas o plazos de gracias. Contra ello recibe ventajas. El juez resuelve sino hay abuso o no se viola el orden público”.

Es en los EEUU donde el tema más desarrollo encuentra, siendo una específica previsión del sistema el acceso necesario la financiación post concursal para atender la salida del deudor, y conservar la empresa. El código de bancarrotas tiene desde el año 1978, dos procedimientos claros para atender la necesidad de financiación posconcurzal. Uno de ellos es denominado *debtor-in-possession financing* o (el conocido como *DIP financing* previsto en el artículo 364 de dicho código), el otro denominado *cash-collateral* (previsto en el artículo 363 del mismo ordenamiento). En ambos casos mucho del devenir es dejado al arbitrio de la autonomía de la voluntad de los contratantes, por lo que pueden incluso, pactarse condiciones de repago de máxima prioridad, desplazando a otras acreencias concursales, incluso con libertad para pactar también garantías.

A lo expuesto debe agregarse la existencia en muchos de estos países de un real mercado secundario de deuda en *distress* como alternativa de financiación como ocurre en E.E.U.U. con habitualidad, así como en diversos países europeos.

En varios de ellos la cuestión está acompañada de la posibilidad de incluir igualmente los sistemas de información vigentes en otros sistemas del entorno (como los de los Estados Unidos de América, Francia o Italia). Estos consisten en la obligación de notificar con detalle el vínculo existente entre el cesionario y el concursado, de forma que pueden detectarse y evitarse actuaciones ventajistas, fraudulentas o con intereses apartados del fin del concurso.

La temática de la cesión de créditos concursales en nuestro país ha dado lugar a un debate arduo entre quienes admitimos dicha posibilidad en tanto y en cuanto no existe prohibición expresa como un modo de ayudar a la salida del sujeto concursado, y quienes lo ven como espurio en todo supuesto, enmarcándolo en el reclamo del menajeo tema del abuso de derecho en los procesos concursales.

#### IV. A MODO DE CONCLUSIÓN:

Como ha quedado reflejado en este trabajo entendemos que resulta indispensable asumir la cuestión y regular de modo adecuado el fenómeno del *DIP financing* en nuestra legislación concursal, con reglas claras que permitan generar instrumentos accesible y seguros para aquellos que quieran aportar al saneamiento de la empresa en crisis y a su reconstrucción para seguir a futuro.

La regulación de un mecanismo que otorgue certeza e inatacabilidad sobre dichos actos, amén que una situación preferente al aportante de “nuevo dinero” es esencial para que la figura prospere y pueda aportar a una real solución (probablemente la prededucibilidad).

También creemos en la posibilidad de admitir figuras (la cesión de créditos real) para intentar la creación de un mercado secundario de créditos concursales que permite otra vía para intentar la solución de la crisis empresarial.

No creemos que la idea de obtener acordadamente dicha solución mediante una negociación con todos los acreedores preconcursales para que éstos acepten una subordinación voluntaria (que en la doctrina y práctica judicial –sobre todo en EEUU- aplican como una opción posible desde hace largo tiempo como modo de tentar a los eventuales proveedores de nuevos fondos) sea viable. Siempre existirán acreedores no dispuestos a subordinarse por lo que, o bien, se perderá al nuevo financista tendremos “acreedores parásitos” que se aprovecharán de una solución a la que nada aportaron. En tales casos, si se intentara esta vía es claro que dicha subordinación particular no implica la pérdida de la categoría del crédito en la escala del concurso, sino solo en referencia al crédito beneficiario, es decir al nuevo aportante de fondos. Esta fórmula de justificación y admisión del *dipfinancing* (puramente comercial y que no necesita ser reglada) resulta harto difícil porque exige la obligatoriedad de que todos los acreedores previos, eventualmente beneficiados por la aparición del nuevo acreedor deberán dar su voluntario consentimiento.

En este, como en otros tantos temas de la nueva agenda Concursal (el concurso de la persona humana, la posibilidad de reproponer la propuesta, el acreedor involuntario, etc.) ha llegado el momento de asumir la imperiosa necesidad de su tratamiento y regulación, mucho más a la luz de la crisis consecuente originada por las medidas restrictivas que nuestro país y diversos países a través del orbe han adoptado para paliar la situación sanitaria. Creemos que llegó la hora de poner manos a la obra.

Recurriendo de nuevo a una metáfora de la física (pero ahora saltando de lo mínimo como las partículas subatómicas a las dimensiones inimaginables de la astronomía) digamos que este tema de la financiación posconcursal es, o ha sido, un “agujero negro”. No obtenemos luz de su proposición y no sabemos, ni por asomo, qué ocurrirá con nosotros cuando estemos allí. Pero sí sabemos, y por eso ha llegado el momento de tomar decisiones que hasta ahora eludimos, que estamos en su borde. En lo que los astrofísicos denominan “horizonte de sucesos”. Y, queramos o no, tenemos que dar ese paso.

**LA BUSINESS JUDGMENT RULE EN EL DERECHO SOCIETARIO DE LOS ESTADOS UNIDOS****Héctor José MIGUENS<sup>4</sup>****I. INTRIDUCCION**

Este trabajo versa sobre la Business Judgment Rule (en adelante BJR) en el derecho societario en los Estados Unidos, particularmente en lo referido al derecho de la responsabilidad de los directores y “*officers*” como órganos de gobierno de las sociedades y otros entes de existencia ideal.

Este derecho no es nacional o federal sino estatal o local, esto es, perteneciente a cada uno de los Estados de ese país, lo que debe tener en cuenta desde el punto de vista conceptual. En los Estados Unidos hay 50 derechos societarios distintos, tanto porque hay sentencias locales de cada uno de ellos como normas específicas sancionadas por las legislaturas de esos Estados.

Cuando no diga nada en contrario me estoy refiriendo al derecho societario en los Estados Unidos sobre el tema de este trabajo, con la indicación, en su caso, del Estado donde está vigente la norma comentada.

He procurado mantener fielmente los vocablos y expresiones típicas del derecho societario estadounidense en inglés para evitar confusiones y malentendidos. Por ello muchas veces me ha parecido conveniente no traducirlos al castellano para brindar un exacto panorama terminológico propio del derecho societario de los Estados Unidos y también para evitar inducciones a error en el lector. En este último caso he provisto su correspondiente explicación para los juristas de habla castellana.

Cuando hablo de derecho “norteamericano”, “americano” o “estadounidense” me refiero al derecho societario de los Estados Unidos de América.

Cuando me refiero a “directores” me estoy refiriendo a los miembros del directorio del máximo nivel jerárquico de gobierno y administración societaria. Equivale a “directors” en el derecho societario norteamericano.

En cambio “*officers*” en este trabajo quiere decir los órganos societarios de administración subordinados a los directores, que en muchos países del derecho continental europeo equivalen a “gerentes” o jefes de área en la administración. Pueden ser órganos que estén a cargo de un comité, cuando éste no está presidido por un director. En cualquier caso, he seguido la terminología jurídica norteamericana para ser fiel a los conceptos. Por consiguiente, a lo largo de todo este trabajo se designará a los “*officers*” como los miembros del *staff* administrador (subordinado) que no forman parte del directorio que gobierna la sociedad en su más alta jerarquía, todo esto siguiendo la terminología usual estadounidense, aunque muy pocas veces definida expresamente. Suelen ser los usuales mandos intermedios. Cuando exista una definición distinta a esta terminología lo haremos saber al lector. Esta terminología es similar a la que suele utilizarse en el derecho argentino, en el que los miembros del directorio son los máximos gobernantes y administradores de la sociedad y

---

<sup>4</sup>Abogado (Universidad de Buenos Aires), Especialista en Sindicaturas Concursales (Universidad Nacional de Tucumán), Doctor en Derecho (Universidad de Navarra, España). Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Fellow del Max Planck Institut de Hamburgo, Alemania. El autor agradece al Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) el apoyo financiero recibido para la presente investigación. Email: [hmiguens@austral.edu.ar](mailto:hmiguens@austral.edu.ar)

los gerentes –o funcionarios con otra denominación tales como jefes de departamento o jefes de área, oficiales, etc.- están asimilados a los “*officers*” norteamericanos. Conservaremos este último término inglés siempre que nos refiramos a ellos para evitar confusiones y malentendidos.

Finalmente, en el derecho norteamericano se habla de “*officials*” o “*employees*” para designar a empleados de la sociedad que están jerárquicamente por debajo de los “*officers*”, aunque pueden estar jerarquizados y tener funciones de mando.

En este trabajo “Director independiente” hace referencia al miembro del directorio de la sociedad que no está empleado por ella como director pero que participa de las reuniones del directorio y proporciona un asesoramiento independiente. También es llamado en la terminología de Estados Unidos “*non-executive director*”, “*independent director*”, “*unaffiliated director*” o “*outside director*” y se contrapone al “*executive director*”, que sí tiene funciones de gobierno en el directorio<sup>5</sup>. Por esta razón es usual que su trabajo sea independiente del gobierno societario, especialmente del gobierno en el “día a día”, aunque se trate del máximo nivel de gobierno.

En este trabajo la expresión “*chief executive officer*”, (CEO por sus siglas en inglés) es la persona que ocupa el cargo de máxima autoridad y poder en una sociedad comercial y es responsable por el gobierno y administración de los negocios en el día a día, que dependan directamente del directorio. En los Estados Unidos (pero no en el Reino Unido) el CEO es frecuentemente el presidente del directorio<sup>6</sup>.

He preferido reservar la palabra “gobierno” para la actividad referida a las normas generales de la máxima política empresarial y “administración” para la actividad referida a la ejecución de tales disposiciones, aunque existen ordenamientos -como el español, por ejemplo- en el que se usa también la palabra “administrador” para lo que aquí entendemos por “director”. Esta adopción se ha hecho para poner de relieve la preeminencia de las normas comentadas referidas a los directores, que son las más numerosas y las más importantes en trascendencia. Cuando exista alguna posibilidad de confusión lo aclararemos. No obstante, ello es menester tener en cuenta que toda esta materia aquí tratada se refiere tanto a los directores como a los “*officers*”, la mayoría de las veces en forma indistinta.

El término “*statutes*” ha sido traducido como “estatutos” o “normas estatutarias”. Se refiere a cuerpos normativos específicos societarios vigentes sancionados por muchos Estados de la Unión, que forman parte del plexo normativo conjuntamente con las sentencias judiciales. No deben ser confundidos con los estatutos de las sociedades en los países del derecho continental europeo de habla castellana.

Cuando me refiero al “gobierno”, o al “gobierno societario” o al “gobierno corporativo”, o “administración” nos estamos refiriendo a los negocios empresariales de la sociedad orientados a la consecución de su objeto social. No nos referimos estrictamente a negocios relacionados con la estructura jurídica-societaria de la sociedad. Cuando haya peligro de confusión lo aclararemos.

Cuando sea necesario para aclarar un término propio del derecho de los Estados Unidos siempre brindaremos el vocablo inglés, para evitar confusiones.

---

<sup>5</sup> Cfr. Oxford Business English Dictionary, version en CDRom y Cfr. William E. Knepper / Dan A. Bailey (contributing authors Katharine B. Bowman, R. Stacy Lane & Robert L. Eblin), *Liability of Corporate “officers” and Directors*, Seventh Edition, Lexis Nexis, (USA), 2008, Vol I, 1-43. En adelante será citado como Knepper y a continuación el volumen correspondiente, seguido del número del capítulo y el número de página de ese capítulo.

<sup>6</sup> Cfr. Oxford Business English Dictionary, version en CDRom.

He seguido fielmente la forma norteamericana de citar la doctrina y la jurisprudencia, a fin de asegurar la certeza y fiabilidad de la referencia. Esta forma de citar está tomada del *Bluebook*, aceptado en todo el país, en el que se explican sus elementos, adonde remitimos al lector.

He preferido conservar el término “*section*”, para referirme a las normas contenidas en estatutos normativos específicos, lo que equivale a “artículo” de nuestros ordenamientos, a fin de facilitar la búsqueda y localización de los mismos. Cuando existen incisos o párrafos los he indicado con un número precedido por un punto, como es usual en el sistema norteamericano, o bien mediante el signo de párrafo (§).

Siempre que se haga referencia a una corriente jurisprudencial se indicará expresamente si existen otras tendencias contrarias o diferentes. En el caso de que no se diga nada al respecto se trata de una tendencia jurisprudencial pacífica o sin contradictores o fallos contrarios.

Respecto de la cita de los casos judiciales y atento a que existen unos 660 casos vigentes, he optado por citar –para una misma cuestión o tema– sólo los más recientes, que por lo general citan a su vez los anteriores sobre la misma cuestión. En cuanto a los casos más relevantes que destacan del resto por haber establecido alguna doctrina novedosa o haber concretado un criterio más general, he procurado hacer un análisis lo más profundo y pormenorizado posible, brindando al lector la cita del lugar donde puede ser hallado y brindando asimismo los comentarios de autores sobre cada caso. En la actualidad puede decirse que todos los casos judiciales pueden ser encontrados en las bases de datos electrónicas de LexisNexis, Heinonline y West Publishing.

## II. DEFINICION DE LA REGLA

La Business Judgment Rule es el estándar genérico según el cual un tribunal en los Estados Unidos juzga la existencia o no de un supuesto de responsabilidad civil de un director u officer demandado en un juicio. Funciona como una defensa del demandado. La BJR examina no el contenido empresarial o económico de la decisión sino sólo si se ha cumplido acabadamente el procedimiento debido para arribar a ella. El tribunal no criticará *a posteriori* la decisión adoptada, sino que sólo se fijará en el procedimiento previo de la decisión.

Tal como los tribunales de Delaware han dicho la BJR es “una presunción tal que en la toma de decisión de una operación empresarial el director de una sociedad ha actuado sobre una base informada, de buena fe y en la honesta creencia de que la acción adoptada lo fue en el mejor interés de la sociedad”<sup>7</sup>.

La carga de la prueba está del lado del impugnante del acto que origina presuntamente la responsabilidad, que debe probar los actos que contradigan la presunción. Si el impugnante produce prueba suficiente para rebatir la presunción, la carga de la prueba se traslada al director demandado en la acción de responsabilidad, quien debe justificar que la decisión fue enteramente justa o favorable (“*fair*”) a la sociedad. La graduación de la negligencia admite un más o un menos de acuerdo a los distintos Estados de la Unión. Una vez que la presunción es rebatida el director

---

<sup>7</sup> Conforme lo definido, entre otros casos, por la Corte Suprema de Delaware en *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805, 812 (Del. 1984) y en *Parnes v. Bally Entertainment Corp.*, 722 A.2d 1243 (Del. 1999), la BJR es: “a presumption that in making a business decision the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interests of the company”.

enfrenta un estándar que requiere un escrutinio judicial riguroso de la “justicia” (“*firmes*”) de la decisión empresarial impugnada<sup>8</sup>.

Algunos tribunales –erróneamente, para algunos autores- califican la presunción como una causa o motivo para declarar la responsabilidad, quizá “a contrario sensu”, pero en realidad esta presunción se refiere exclusivamente a una conducta ajustada a derecho (“*proper*” *conduct*) que debe ser desvirtuada por el accionante con fundamento en alguna causa o motivo independiente de la presunción. La terminología utilizada por las sentencias a veces varía de Estado a Estado pero la sustancia de la cuestión descrita es la misma<sup>9</sup>.

No todos los tribunales de los distintos Estados han adoptado la BJR. Así, el Distrito de Columbia ha declinado expresamente su adopción, optando en su lugar otros estándares de conducta de los directores<sup>10</sup>.

Hasta la fecha la BJR se encuentra enunciada en casos judiciales y no en textos legislativos estatales societarios. Por otra parte, los redactores del *Revised Model Business Corporation Act* han dicho en su Comentario Oficial que los elementos y las circunstancias para su aplicación deben continuar su desarrollo a través de los tribunales. Incluso ellos no la han codificado en las últimas revisiones del texto modelo, pero han introducido un artículo 8.31, que, por primera vez en un texto proyectado, provee un marco analítico para el examen de la conducta del director oponiéndose a definir un estándar del deber de cuidado. A pesar de no ser un texto codificado, guarda similitud con muchos de los elementos tradicionales del instituto. De acuerdo a este nuevo estándar de responsabilidad, el reclamante debe probar que la conducta impugnada en contra del director está fundada en los siguientes ocho motivos o causas: falta de buena fe, deficiente creencia, falta de información, falta de objetividad, falta de independencia, sostenido desinterés, beneficio financiero inapropiado u otras violaciones de deberes fiduciarios<sup>11</sup>.

Consecuentemente, el *American Law Institute*, en sus *Principles of Corporate Governance* ha comentado que el instituto es consecuente con el derecho societario actual tal como viene siendo interpretado por los tribunales en muchas jurisdicciones y cada uno de sus postulados están fundados en autorizados fallos sustanciales<sup>12</sup>.

### III. RAZONES DE POLITICA LEGISLATIVA PARA LA REGLA

Diversos fallos judiciales han establecido las razones de política legisferante que justifican la existencia de la BJR en el panorama del derecho de la responsabilidad de los directores de sociedades en Estados Unidos. De modo esquemático podemos decir que estos son los fundamentos de la conveniencia de esta regla, a saber:

#### ***Idoneidad de criterio especializado***

En términos generales los directores están, en la mayoría de los casos, más calificados que los jueces para tomar decisiones de negocios<sup>13</sup>. Los jueces no están suficientemente provistos de

<sup>8</sup> Cfr. Knepper, Vol. I, 2-1/2 y Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805, 812 (Del. 1984).

<sup>9</sup> Cfr. Knepper, loc. cit. y casos citados en la nota 5.1.

<sup>10</sup> Cfr. Johnson v. Hobson, 505 A.2d 1313, 1317 n. 7 (D.C. 1986).

<sup>11</sup> Cfr. 2 Model Bus. Corp. Act. Ann. # 8.31 (a)(2).

<sup>12</sup> Cfr. American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, 1994, #4.01 (c), Comment a.

<sup>13</sup> Cfr. International Ins. Co. Johns, 874 F.2d 1447, 1458 n.20 (11th Cir. 1989)

conocimientos especializados, capacidades y experiencia para juzgar lo que son o lo que deben ser los negocios empresariales. No hay criterios objetivos para saberlo, sino que hay que apoyarse en el criterio de los empresarios. La presunción beneficia a los directores que han actuado diligentemente y con cuidado y no de manera fraudulenta, ilegal o de mala fe o de modo groseramente negligente<sup>14</sup>. Los tribunales otorgan amplia discrecionalidad a los directores en sus decisiones.

### ***Límites del juicio "a posteriori"***

El cuestionamiento "a posteriori" de las medidas de gobierno debe ser evitado por los tribunales, si es posible, cuando las decisiones han sido adoptadas de buena fe<sup>15</sup>. Cuando los actos han sido decididos dentro de la órbita de sus deberes fiduciarios, los directores son libres para actuar de acuerdo a su juicio y habilidad<sup>16</sup>. El juicio "post hoc" o "a posteriori" es un método muy imperfecto de juzgar una decisión empresarial puesto que la información que se tiene al momento de adoptar decisiones urgentes es menos que perfecta, puede ser criticada años después a la vista de un eventual conocimiento perfecto de las circunstancias, las decisiones enfrentan riesgos e incertidumbres y los accionistas han aceptado realmente el riesgo de malas decisiones empresariales, siendo por otra parte que las ganancias potenciales responden a un riesgo potencial<sup>17</sup>.

### ***Exclusivo análisis de la legalidad***

La BJR está orientada hacia el proceso que ha dado lugar a la toma de decisión. Estando ausente el fraude o la mala fe, los tribunales evaluarán ese proceso, como por ejemplo las cuestiones sobre si los directores estaban suficientemente informados y no actuaban en su propio interés (o "desinteresadamente" en típica expresión de estas sentencias) cuando decidieron, pero no evaluarán la sustancia de ella, no "medirán, pesarán o cuantificarán" los juicios de ellos<sup>18</sup>. Los jueces en todo caso analizarán la "irracionalidad o racionalidad" del proceso y si los directores han obrado de buena fe en beneficio de la sociedad<sup>19</sup>.

Los tribunales han aplicado estos criterios no sólo a las sociedades con fines de lucro sino también a las entidades sin tal fin o incluso a entidades no incorporadas formalmente<sup>20</sup>. Asimismo ellos han sido también aplicados al caso de quiebra de la sociedad, afirmando que los jueces no están más capacitados para hacer juicios subjetivos sobre el negocio cuando la sociedad está en situación de insolvencia que cuando está *in bonis*<sup>21</sup>. Muy pocos fallos limitan estos criterios sólo a los directores, siendo que en la mayor parte de ellos estos criterios son aplicables tanto a los directores como a los "officers"<sup>22</sup>.

---

<sup>14</sup> Cfr. *Auerbach v. Bennett*, 47 N.Y. 2d 619, (630-631) 419 N.Y.S. 2d 920, 393 N.E. 2d 994, 1000 (1979) de la Corte Suprema de Nueva York y *Treco, Inc. v. Land of Lincoln Sav. & Loan*, 749 F.2d 374, 377 (7th Cir. 1984).

<sup>15</sup> Cfr. *Solash v. Telex Corp.*, Fed. Sec. L. Rep. (CCH) # 93.608 at 97.727 (Del. Ch. 1988).

<sup>16</sup> Cfr. *In re The Walt Disney Co. Derivative Litig.*, 2005 Del. Ch. LEXIS 113, \*6-\*7 (Aug. 9, 2005); *aff'd* 2006 Del LEXIS 307 (June 8, 2006).

<sup>17</sup> Cfr. *Joy v. North*, 692 F.2d 880, 886 (2. Cir. 1982), cert. denied, 460 U.S. 1051, 103 S. Ct. 1498, 75 L. Ed. 2d 930 (1983).

<sup>18</sup> Cfr. *In re Caremark International Der. Lit.*, 698 A.2d 959, 967-68 (Del. Ch. 1996) y *Brehm v. Eisner*, 746 A.2d 244, 264 (Del. 2000).

<sup>19</sup> Cfr. *In re The Walt Disney Co. Derivative Litig.*, 907 A.2d 693, 749-50 (Del. Ch. 2005).

<sup>20</sup> Cfr. *King v. Grand Chapter of Rhode Island Order of the Eastern Star*, 919 A.2d 991 (R. I. 2007).

<sup>21</sup> Cfr. *In re Pomona Valley Medical Group, Inc.* 476 F.3d 665 (9th Cir. 2007).

<sup>22</sup> Cfr. *In re Munford, Inc.*, 98 F.3d 604, 611 (11th Cir. 1996), entre muchos otros.

### III. AMBITOS EN LOS QUE SE APLICA LA REGLA

La BJR se aplica aún en caso de que la sociedad se encuentre en quiebra o concurso o en la vecindad a la insolvencia, puesto que los tribunales se encuentran en la misma situación de falta de criterio empresarial como en la de la situación de la sociedad que está *in bonis*<sup>23</sup>.

### IV. AMBITOS EN LOS QUE NO SE APLICA LA REGLA

No todas las demandas de daños contra los directores están sujetas a la BJR incluso si de dieran las cinco precondiciones que se detallarán a continuación.

Por ejemplo, si la demanda contra los directores tiene como objeto ejecutar las obligaciones indemnizatorias de la sociedad de acuerdo a sus Estatutos, la regla no se aplica incluso en caso de que el director se haya comportado “desinteresadamente”, aunque se haya opuesto a esa indemnización<sup>24</sup>. Otro caso de no aplicación de la regla es aquél en que se ha discutido la violación del Estatuto constitutivo de la sociedad desde que la definición de la competencia del director compete al tribunal<sup>25</sup>.

Existen tipos societarios o entidades en los que tampoco se aplica la regla, tales como por ejemplo una “*community association*” o un “*homeowner association*”, en los que los tribunales aplican diferentes y más objetivos criterios de “razonabilidad”<sup>26</sup>.

### V. PRECONDICIONES PARA LA APLICACION DE LA REGLA

Existen cinco precondiciones que generalmente deben estar presentes a fin de que la regla sea aplicable para proteger a los directores de la responsabilidad. Algunas veces estas precondiciones son referidas como elementos de la regla, pero no se identifican con ella. Las condiciones son<sup>27</sup>:

Una decisión empresarial o económica.

*Desinterés*, en el sentido de ausencia de interés personal o “*self interest*” o “*self dealing*” en detrimento de los intereses de la sociedad.

*Debido cuidado*, en el sentido de que debe existir una decisión informada a continuación de un razonable esfuerzo para familiarizarse con los hechos relevantes y accesibles o disponibles.

*Buena fe*, es decir, una creencia razonable de que el mejor interés de la sociedad y de los accionistas están siendo servidos.

Inexistencia de abuso en la decisión o arbitrariedad del director.

#### ***Decisión empresarial***

Técnicamente la BJR es aplicable sólo si ha existido una decisión empresarial, excluyéndose el caso en que no han actuado o han “abdicado” de actuar, es decir se han resistido a ejercer la función,

<sup>23</sup> Cfr. Agarwal v. Pomona Valley Medical Group, Inc., 476 F.3d 665 (9th Cir. 2007). Ver también NLRB v. Bildisco & Bildisco, 465 U.S. 513, 523 (1984).

<sup>24</sup> Cfr. American Society for Testing & Materials v. Corpro Companies, Inc. 478 F. 3d 557 (3d Cir. 2007).

<sup>25</sup> Cfr. Baldwin County Electric Membership Corporation v. Catrett, 942 So. 2d 337 (Ala. 2006).

<sup>26</sup> Cfr. Tierra Ranchos Homeowners Assoc. v. Kitchukov, 216 Ariz. 195 (Arz. Ct. App. 2007).

<sup>27</sup> Cfr. Knepper, vol. I, 2-11/33.

o que la no-actuación haya resultado de una decisión consciente de no actuar<sup>28</sup>. La transacción debe haber sido decidida dentro de la órbita de la autoridad de la sociedad<sup>29</sup>.

### ***Desinterés***

Está escrito sobre roca en el derecho de Delaware –el cual es seguido por muchos Estados como modélico- que no les está permitido a los directores y “*officers*” usar su puesto o función de confianza para perseguir intereses privados<sup>30</sup>.

Este principio excluye, por tanto la actuación del director a favor o en nombre de dos partes con intereses simultáneos y contrapuestos, es decir la actuación en conflicto de intereses, en cuyo caso la regla del BJR no es aplicable<sup>31</sup>. En este sentido los directores no pueden actuar en ambos extremos de la relación contractual, e igualmente cuando uno de los extremos está representado por sus propios intereses, perdiendo el beneficio de la regla<sup>32</sup>.

En situaciones particulares especialmente delicadas los directorios nombran a directores independientes o a un comité especial de “desinterés” o un “*special litigation committee*” (“SLC”) para investigar y hacer recomendaciones a todo el directorio, lo que suele ser apoyado por los tribunales<sup>33</sup>.

Especialmente no existe desinterés cuando el director está bajo la influencia de un tercero tal que esteriliza su discrecionalidad o es dominado o controlado o sometido a un tercero (persona física o jurídica) interesada en la transacción en cuestión<sup>34</sup>.

Tradicionalmente se ha concebido el “interés” sólo como interés financiero o económico en la transacción<sup>35</sup> pero el American Law Institute ha incluido entre los intereses a la relación familiar entre el director y la otra parte del negocio, excluyéndose a la larga amistad u otras relaciones sociales<sup>36</sup>, como ha hecho algún fallo. En esta línea no hay desinterés cuando el director es controlado por otro director interesado en su propio beneficio<sup>37</sup>.

Si sólo uno de los directores está “interesado” el accionante debe demostrar que ello influyó determinadamente en todo el directorio<sup>38</sup>.

Lo que en definitiva se requiere es un director con independencia de criterio que no sea influenciado. Esta es sin duda una de las reglas de oro de los deberes del director en orden a su responsabilidad civil por daños a la sociedad y a terceros.

### ***Debido cuidado***

Para poder invocar con éxito la regla de la BJR los directores deben:

---

<sup>28</sup> Cfr. Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805, 813 (Del. 1984), entre otros.

<sup>29</sup> Cfr. Crouse-Hinds Co. v. InterNorth, Inc., 634 F.2d 690, 701 (2d Cir. 1980).

<sup>30</sup> Cfr. Guth v. Loft, Inc. 23 Del. Ch. 255, 5 A.2d 503, 510 (Del. 1939).

<sup>31</sup> Cfr. M. D. Bldg. Material Co. v. 910 Constr. Venture, 219 Ill. App. 3d 509, 162 Ill Dec. 245, 579 N.E. 2d 1059 (1991).

<sup>32</sup> Cfr. Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805, 812 (Del. 1984).

<sup>33</sup> Cfr. Auerbach v. Bennett, 47 N.Y. 2d 619, 419 N.Y.S. 2d 920, 393 N.E. 2d 994, 1001 (1979) de la Corte Suprema de Nueva York.

<sup>34</sup> Cfr. Grobow v. Perot, 539 A.2d 180, 189 (Del. 1988).

<sup>35</sup> Cfr. Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805, 812 (Del. 1984).

<sup>36</sup> Cfr. American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, #1.23 y el Official Comments.

<sup>37</sup> Cfr. Barbour v. Knecht, 296 A.D. 2d 218, 743 N.Y.S. 2d 483 (Sup. Ct., 2002).

<sup>38</sup> Cfr. Telxon Corp. v. Meyerson, 802 A.2d 257 (Del. 2002).

a) informarse, antes de tomar la decisión empresarial, de toda la información que razonablemente esté a su disposición y,

b) habiendo así sido informados, deben actuar con cuidado en el ejercicio de sus deberes<sup>39</sup>.

Sobre el tema los tribunales manejan estándares de “culpa grave” (“*gross negligence*”) según las circunstancias y de “información no necesariamente perfecta”<sup>40</sup>. Los directores pueden basar sus decisiones de buena fe en el consejo de “*officers*”, concejeros externos u otros expertos, pero ello debe ser “razonablemente fundado” de acuerdo a las circunstancias del caso<sup>41</sup>.

Este estándar de culpa grave se aplica para saber si los directores han tomado una decisión informada y no se aplica para juzgar la razonabilidad o cualidad de la decisión en sí. Así, numerosos tribunales han reconocido que una decisión imprudente será protegida por la BJR (sólo) si el directorio ha ejercido un razonable cuidado en arribar a la decisión. Por ello se ha dicho que los tribunales no deben examinar los méritos o sabiduría de la decisión del directorio, siempre que haya actuado dentro del marco de su autoridad y de buena fe<sup>42</sup>. Incluso se aplicará la regla en caso de errores económicos tan gruesos que demuestren la incompetencia de los directores para administrar la empresa<sup>43</sup> y también se aplicará la regla a menos que hayan actuado fraudulentamente, ilegalmente, opresivamente o de mala fe: la regla protege a ese “buen director” que ha cometido un error empresarial pero no a ese “mal director” que ha actuado con fraude, con ilegalidad, opresivamente o de mala fe que tomó una mala decisión<sup>44</sup>.

#### ***Buena fe. El mejor interés de la sociedad y sus accionistas***

Esta precondition se formula diciendo que los directores tienen el deber fiduciario de actuar en el mejor interés de la sociedad y de sus accionistas<sup>45</sup>. Ya desde el siglo XIX la Corte Suprema de Estados Unidos puso la piedra basal de la BJR y el principio de que, ausente la mala fe u otro motivo corrupto, los directores no son responsables hacia la sociedad por errores de juicio empresariales<sup>46</sup>. En los casos más recientes este requisito de la buena fe continúa vigente<sup>47</sup>.

Respecto del concepto de buena fe éste no se identifica simplemente con el no erróneo juzgamiento o la negligencia, sino que la mala fe implica la ejecución consciente de un error por causa de un propósito deshonesto o amoral; es diferente de la idea negativa de la negligencia en cuanto contempla un estado mental afirmativamente operando con un designio expreso o mala voluntad<sup>48</sup>.

Sobre el concepto de buena fe es importante el estudio del caso *Walt Disney Company*, fallado en el 2005<sup>49</sup> y confirmado por la Suprema Corte de Delaware. En este polifacético caso, el tribunal proveyó una guía conceptual respecto de qué significa buena fe y mala fe para la aplicabilidad de la

<sup>39</sup> Cfr. *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805, 812 (Del. 1984).

<sup>40</sup> Cfr. *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805, 812 (Del. 1984). Cfr. asimismo los fallos citados en *Knepper*, Vol. I, 2-22/27.

<sup>41</sup> Un ejemplo de esto último es lo decidido en California en el caso *Padgett v. Mc.Gee*, 2004 Cal. Unpub. App. LEXIS 4788 (2004).

<sup>42</sup> Cfr. *Mariaux v. Turtle Bay Towers Corp.*, 2002 N.Y. Misc. LEXIS 1732 (Sup. Ct. April 5, 2002).

<sup>43</sup> Cfr. *Northview Terrace Association v. Mueller*, 2002 Wash App. LEXIS 584 (April 5, 2002).

<sup>44</sup> Cfr. *FDIC v. Stahl*, 89 F.3d 1510 (11th Cir. 1996).

<sup>45</sup> Cfr. *Guth v. Loft, Inc.* 23 Del. Ch. 255, 5 A.2d 503, 510 (Del. 1939).

<sup>46</sup> Cfr. *Briggs v. Spaulding*, 141 U.S. 132, 11 S. Ct. 924, 35 L. Ed. 662 (1891).

<sup>47</sup> Cfr., por ejemplo, *Johnson v. Trueblood*, 629 F. 2d 287, 293 (3d Cir. 1980), *cert. denied*, 450 U.S. 999, 101 S. Ct. 1704, 68 L. Ed. 2d 200 (1981) (“el accionante debe demostrar alguna suerte de mala fe en el demandado”).

<sup>48</sup> Cfr. *Desert Equities, Inc. v. Morgan Stanley Leveraged Equity Fund*, 624 A.2d 1199, 1208 n. 16 (Del. 1993).

<sup>49</sup> Cfr. *In re The Walt Disney Co. Derivative Litig.*, 2005 Del. Ch. LEXIS 113, \*6-\*7 (Aug. 9, 2005).

BJR y respecto del deber de actuar de buena fe. Así, la sentencia reconoció dos categorías de comportamientos que comportan mala fe: en primer lugar, lo que denominó “mala fe subjetiva” que es la conducta motivada por un “propósito actual de causar un daño”. En segundo lugar, adoptó la definición de mala fe del tribunal inferior como “deliberada dejación de deberes o un menosprecio consciente de las propias responsabilidades”. Además, el tribunal brindó tres ejemplos “más sobresalientes” de omisiones de actuación con buena o mala fe, todas las cuales incluyen el elemento intencional, a saber:

“cuando el agente (fiduciario) deliberadamente o con intención actúa con un propósito distinto al de actuar en el mejor interés de la sociedad”;

“cuando el agente (fiduciario) actúa con la intención de violar leyes positivas aplicables”; y

“cuando el agente (fiduciario) deliberadamente no actúa respecto de un deber (conocido por él) de actuar, demostrando un menosprecio consciente de sus deberes”.

A pesar de que la negligencia grave es el criterio o estándar para imponer la responsabilidad a la luz del deber fiduciario de cuidado, el tribunal estableció que el estándar del deber de cuidado permanece distinto del estándar de la buena fe de la BJR<sup>50</sup>.

Otro ejemplo de cómo un director puede no actuar “de buena fe” por omitir un comportamiento debido –esto es, no actuar cuando debía hacerlo– es aquél que no impide dispendios inútiles o perjudiciales a la sociedad o el “self dealing” de otro director, que conocía o debía haber conocido que era cometido por otro director. Cuando no actúa en base a esa información, esa decisión de permanecer inactivo no está protegida por la BJR incluso aunque no se haya beneficiado personalmente de esos comportamientos dañosos<sup>51</sup>.

¿A favor de qué interés debe actuar el director? Indudablemente que en el interés de la sociedad que dirige, pero, de acuerdo a los tribunales de distintos Estados, también debe actuar a favor de otros “elementos constitutivos” o no, es decir, ciertos terceros más o menos vinculados con la sociedad. Por ejemplo, las normas estatutarias de Delaware no prevén otros terceros, pero los tribunales de ese Estado sí, tales como por ejemplo empleados, acreedores, proveedores, y clientes de la sociedad “y quizá la comunidad en general”<sup>52</sup>, lo mismo que los tribunales de otros Estados. En algunos casos se exige que, para proteger a esos terceros, además de los accionistas, aquéllos deben guardar alguna relación o vínculo con éstos, particularmente algún beneficio. Así, en el caso *Revlon* se prefirió a los tenedores de títulos a los accionistas respecto de la violación de los deberes primarios de los directores<sup>53</sup>. Otros casos establecen que pueden existir otros terceros por cuyos intereses velar, pero no se puede discriminar injustamente entre ellos, causando perjuicios a unos por mor de proteger a otros terceros. En otros casos aparece palmariamente la ausencia de buena fe, como cuando, por ejemplo, el director redirecciona fondos de la sociedad en provecho propio, en el que no puede invocar la protección de la BJR porque no ha actuado en el mejor interés de la sociedad<sup>54</sup>. Cuando el director ha adoptado una decisión basada en el asesoramiento y consejo de

<sup>50</sup> Cfr. Knepper, Vol. I, 2-30.

<sup>51</sup> Cfr. In re National Century Financial Enterprises Investment Lit., 2007 U.S. Dist. LEXIS 33394 (S.D. Ohio May 7, 2007).

<sup>52</sup> Cfr. por ejemplo, *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.*, 493 A.2d 946, 955 (Del. 1985).

<sup>53</sup> Cfr. *Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings*, 506 A.2d 173, 176, 182 (Del. 1986).

<sup>54</sup> Cfr. *Designer’s Workshop, Inc. v. Nix*, 1998 Ohio App. LEXIS 3427 (July 24, 1998).

los expertos financieros y legales es un buen indicio de la buena fe y razonabilidad, pero no basta para la aplicación de la regla de la BJR<sup>55</sup>.

¿Cómo se demuestra la mala fe? Un camino posible –pero no obligatorio– es demostrar que el director actuó por interés personal, o bien inequitativamente. Otra forma es demostrar que existía mala fe por haber actuado con “arbitrariedad”, “favoritismo”, “discriminación” y “malicia”<sup>56</sup>.

#### ***Inexistencia de abuso de discrecionalidad***

A este propósito los tribunales distinguen a las decisiones equivocadas o erróneas “mayúsculas” como aquellas que no resisten un mínimo análisis sobre la aplicabilidad de la regla de la BJR<sup>57</sup>. Los autores citan un caso de delitos penales en el que al parecer el directorio se vio envuelto en una colaboración con actividades terroristas y racistas de grupos enfrentados de empresas con base en Israel<sup>58</sup>. Pero el abuso de la discrecionalidad tiene una trascendencia mucho mayor que la “irracionalidad” de los delitos penales, lo que ameritaría una mayor investigación teórica que ahora no hacemos.

La irracionalidad en la toma de decisiones es un concepto válido para configurar el tratamiento de este tópico, que aún no ha sido tratado por la jurisprudencia en forma general, pero su esbozo ya es una señal de haber comenzado el buen camino. Conceptos tales como la razonabilidad o irracionalidad, discrecionalidad o arbitrariedad son necesarios para juzgar la justicia –no la validez económico-profesional– de una decisión empresarial a los efectos de la responsabilidad, lo que debe ser materia de una ulterior profundización.

## **VI. REBATIMIENTO O REFUTACIÓN DE LA PRESUNCIÓN**

En cualquier versión (estatal) de la BJR la carga de la prueba es a cargo del accionante a fin de demostrar que la regla protectora del director no es aplicable en un caso particular.

En general se puede decir que la presunción de la BJR será rebatida eficazmente mediante la prueba de las siguientes circunstancias señaladas por la jurisprudencia, entre otras, que quizá pueden ser calificadas como “clásicas”<sup>59</sup>:

Involucración del director simultáneamente en ambos extremos de una transacción, es decir, la configuración de un conflicto de intereses;

expectativas de beneficios financieros o económicos personales de la transacción, en un todo de acuerdo con la doctrina del “self-interest” y del “self-dealing”;

---

<sup>55</sup> Cfr. *Panter v. Mashall Field & Co.*, 646 F.2d 271, 277 (7<sup>th</sup> Cir.), cert denied 454 U.S. 1092, 102 S. Ct. 658, 70 L. Ed. 2d 631 (1981).

<sup>56</sup> *40 West 67th St. Corporation v. Pullman*, 100 N.Y. 2d 147, 790 N.E. 2d 1174, 2003 N.Y. LEXIS 1275 (Ct. App., May 13, 2003).

<sup>57</sup> Así, por ejemplo, en *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805 (Del. 1984). Más concretamente en el caso *Stanziale v. Nachtom*, 2004 U.S. Dist. LEXIS 15664 (D. Del. Aug. 6, 2004) el tribunal dijo que a pesar de que las decisiones de los directores pueden ser calificadas de económicamente objetables, los hechos alegados no constituyen una mayúscula mala decisión tal que permita la abrogación de la BJR y que una mayúscula, patentemente frívola o caprichosa decisión es aquella tal que ninguna persona con un sano criterio empresarial pudiera haber sido calificada de racional. Y en otro interesante fallo en *Shaev v. Claffin*, 2004 Cal. App. Unpub. LEXIS 5840 (2004) se ha dicho que para escapar de la protección de la BJR el actor debe mostrar que la transacción impugnada era totalmente unilateral, que lleve a la conclusión que no servía a ningún fin societario o que carecía de “consideration” contractual.

<sup>58</sup> Cfr. *Miller v. Loucks*, 1992 U.S. Dist. LEXIS 16966 (N.D. Ill. Nov. 3, 1992).

<sup>59</sup> Cfr. *Knepper*, Vol. I, 2-34.

fraude o conducta “manifiestamente opresiva”<sup>60</sup>;  
mala fe y abuso de discrecionalidad o “arbitrariedad”<sup>61</sup>, y  
propósito exclusivo o primario de controlar la sociedad a su antojo o de “atrincherarse” en ese control abusivo<sup>62</sup>.

## VII. LA INVERSIÓN DE LA CARGA PROBATORIA A LOS DIRECTORES. EL ESTÁNDAR DE LA "FAIRNESS"

Cuando un impugnante de la regla de la BJR demuestra que ella es inaplicable por alguna causa, la carga de la prueba se traslada o invierte a los directores. Es una salvaguarda proporcionada por los jueces<sup>63</sup>. Como la presunción ha sido vencida, incumbe a los directores probar que la transacción fue “*fair and reasonable to the corporation*”<sup>64</sup>.

Y más allá de la honesta creencia subjetiva del director de ello, la decisión debe ser “objetivamente” o “intrínsecamente” “*fair*”<sup>65</sup>. Más concretamente, en el derecho de Delaware, este concepto de “*fairness*” tiene dos aspectos: “*fair dealing*” y “*fair price*”<sup>66</sup>. El “*fair dealing*” engloba la conducta de los directores respecto de la iniciación, estructura y negociación de la transacción y también el deber de franqueza por su parte. “*Fair price*”, especialmente en una relación de control societario, requiere el compromiso del director de obtener el más alto valor posible razonable de que pueda disponerse en beneficio de los accionistas de acuerdo a las circunstancias del caso<sup>67</sup>. Para ello se deben examinar todos los hechos y circunstancias relevantes a fin de determinar si cada uno de los deberes fiduciarios de los directores –diligencia, lealtad y obediencia- han sido satisfechos<sup>68</sup>.

Pero el rebatimiento de la presunción no implica necesariamente –ni directamente- la responsabilidad de los directores, porque ellos pueden probar la apuntada “*fairness*”<sup>69</sup>: es menester una actividad procesal encaminada a ese objetivo. Lo que no está tan claro es qué ocurre si fracasan en ello. Al parecer serán condenados por responsabilidad por el tribunal sin otro trámite.

## VIII. APLICACIÓN A LAS "DECISIONES EMPRESARIALES" ("*ENTERPRISE DECISIONS*"). RESPONSABILIDAD POR PAGO DE LA INDEMNIZACIONES LABORALES

La doctrina ha distinguido dos conceptos concernientes al obrar de los directores: las “*enterprise issues*”, que pueden definirse como aquellas operaciones de la sociedad que regularmente gobiernan los directores; y las “*ownership claim issues*”, que se refieren a las operaciones respecto de la propiedad, transferencia y distribución de las acciones de la sociedad. Estas últimas engloban

<sup>60</sup> Cfr. Northwest Indus., Inc. v. B. F. Goodrich Co., 301 F. Supp. 706, 712 (N.D. Ill. 1969). Ver también Granada Investments, Inc. v. DWG Corp., 823 F. Supp. 448 (N.D. Ohio 1993).

<sup>61</sup> Cfr. Whittaker Corp. v. Edgar, 535 F. Supp. 933, 950 (N.D. Ill. 1982).

<sup>62</sup> Cfr. Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co, 493 A.2d 946, 955 (Del. 1985).

<sup>63</sup> Cfr. Van de Walle v. Unimation, Inc. Fed. Sec. L. Rep (CCH) ¶ 95,834 at 99,031 (Del. Ch. 1991).

<sup>64</sup> Cfr., entre otros, Grobow v. Perot, 539 A.2d 180, 187 (Del. 1988); Koos v. Central Ohio Cellular, Inc., 94 Ohio App. 3d 579, 641 N.E. 2d 265, 273 (1994).

<sup>65</sup> Cfr. A.C. Acquisitions Corp. v. Anderson, Clayton & Co., 519 A.2d 103, 115 (Del. Ch. 1986), entre otros.

<sup>66</sup> Cfr. Cede & Co. v. Technicolor, Inc. 634 A.2d 345 (Del. 1993).

<sup>67</sup> Cfr. Mills Acquisition Co. v. MacMillan, Inc., 559 A.2d 1261 (Del. 1989) (MacMillan II); Cinerama, Inc. v. Technicolor, Inc. 663 A.2d 1156, 1163 (Del. 1995).

<sup>68</sup> Cfr. Cinerama, Inc. v. Technicolor, Inc. 663 A.2d 1156, 1164 (Del. 1995).

<sup>69</sup> Esto es en sustancia lo que dijo el Supremo Tribunal de Delaware en el caso de la nota precedente en la pág. 1163.

en muchos casos todas las operaciones relacionadas con el control societario. Las reglas de la BJR nacieron para proteger al primer tipo de operaciones societarias<sup>70</sup>.

Por otra parte la jurisprudencia ha definido a las “enterprise decisions” como aquellas que guardan relación con el objeto, naturaleza y dirección de la sociedad titular de la empresa en cuestión<sup>71</sup> y otra doctrina las ha caracterizado como las protegidas por la BJR<sup>72</sup>.

Las decisiones del directorio concernientes a la remuneración de sus miembros se han convertido en una de las cuestiones litigiosas más frecuentes respecto de la BJR en los últimos años. Antiguamente los tribunales no se inmiscuían en la remuneración de los directores, sobre todo cuando habían sido aprobadas por directores independientes, pero últimamente han cambiado de criterio y las han rebajado o invalidado cuando ellas eran excesivas o no tenían fundamentos sólidos<sup>73</sup>. Un ejemplo paradigmático de este cambio de criterio en una causa de responsabilidad del directorio es el caso *Walt Disney Co.*<sup>74</sup> fallado en el 2003. En otra causa de la misma sociedad fallada en 2005<sup>75</sup> el mismo tribunal exoneró de responsabilidad al directorio respecto de sus deberes fiduciarios en lo que respecta a la contratación laboral del mismo director que el caso anterior y de la indemnización pagada. En 2003 un tribunal de Nueva York encontró responsable al directorio por el pago de exorbitantes sumas por indemnización por despido a un CEO<sup>76</sup>. Siguiendo la línea de esta nueva política judicial, en 2003 la *Chancery Court* de Delaware afirmó que, a pesar de resistirse tradicionalmente a valorar la remuneración de los directores como un desperdicio económico (“waste”), en este caso ello colmó la medida, particularmente al considerar la envergadura económica de la remuneración en relación con el valor de la sociedad y el hecho de que el director fue retribuido por el hecho de permanecer esencialmente inactivo<sup>77</sup>. En otro caso trascendente el tribunal, al evaluar la remuneración a la luz de la regla de la BJR estableció que la cuestión pertinente es indagar si la compensación es tan excesiva que no guarda relación con el valor de los servicios brindados<sup>78</sup>.

Por otra parte, los tribunales de Delaware, por ejemplo, han puesto de relieve la posibilidad de incurrir en una violación de los deberes fiduciarios en relación a los accionistas en el caso de la negociación de un director respecto de su propio contrato laboral, su despido y su propia

---

<sup>70</sup> Cfr. la terminologies y la opinion de Manning, *Reflections and Practical Tips on Life in the Boardroom After Van Groom*, 41 *Bus. Law*, 1, 5 (1985).

<sup>71</sup> Cfr. *Minstar Acquiring Corp. v. AMF Inc.*, 621 F. Supp. 1252 (S.D.N.Y. 1985), entre otros fallos.

<sup>72</sup> Cfr. *Knepper*, Vol. I, 2-40.

<sup>73</sup> *Ibidem*.

<sup>74</sup> Cfr. *In re Walt Disney Co. Derivative Litig.*, 825 A.2d 275 (Del. Ch. 2003). En este caso la Corte Suprema de Delaware en 1996 rechazó una acción de responsabilidad del directorio por el cuestionado pago de una indemnización de 140 millones de dólares por el despido del director Michael Ovitz de la sociedad Walt Disney luego de haberse desempeñado sólo un año en su cargo. En el caso los accionistas alegaron que no tenían conocimiento de los potenciales desproporcionados costos de la designación de Ovitz en el directorio, pero el argumento fue rechazado y aplicada la presunción de la BJR a su designación y al pago de la indemnización por despido. Ello, no obstante, el tribunal reconoció que el directorio puede ser responsable por haber aprobado términos irrazonables de empleo de directores.

<sup>75</sup> *In re The Walt Disney Co. Derivative Litig.*, 2005 Del. Ch. LEXIS 113 (Aug. 9, 2005). En esta sentencia también rechazó la responsabilidad del directorio en una causa semejante a la anterior de 2003.

<sup>76</sup> Cfr. *Pereira v. Cogan*, 294 B.R. 449, 2003 U.S. Dist. LEXIS 7818 (S.D.N.Y. May 7, 2003). En este caso se tratada de una indemnización de 14 millones de dólares y de un proceso de determinación irregular dentro del directorio. El tribunal valoró además la ausencia de notificación del CFO (“*Chief Financial Officer*”) al resto del directorio de los riesgos del pago ilegítimo de dicha indemnización y de otros pagos indebidos a un director, por lo que fueron encontrados –los directores y el CFO– responsables por haber violado sus deberes fiduciarios.

<sup>77</sup> Cfr. *In re Nat’l Auto Credit, Inc. S’holders Litig.*, 2003 Del. Ch. LEXIS 5 (2003).

<sup>78</sup> Cfr. *Hensley v. Poole*, 910 So. 2d 96, 2005 Ala. LEXIS 47, at \*19 (2005).

remuneración, en un típico conflicto de intereses. En este tipo de casos, cuando se han establecido o pagado remuneraciones excesivas, el directorio ha incurrido en responsabilidad civil<sup>79</sup>.

Más allá de la certera valoración de la conducta del director que actúa en conflicto de intereses -consigo mismo o con relación a terceros- al parecer los tribunales no han resuelto la cuestión de cómo superar tal conflicto. Al respecto debe valorarse que, en algunos de estos casos, el directorio incurrió en responsabilidad a pesar de haber contado con la opinión favorable del director independiente, por lo que parece que ello no basta para superar el conflicto. Otra solución puede ser la designación de un director o directores "ad hoc" también independientes del resto de los directores, nombrados por los accionistas para la valoración y decisión de uno o varios casos particulares de conflicto de intereses, que deberían ser remunerados con una suma de dinero fija no relacionada con los resultados de la explotación empresarial. Sin duda este tema reclama una mucho mayor profundización de análisis futuro.

### IX. LA BUSINESS JUDGMENT RULE Y SU APLICACIÓN A SITUACIONES ESPECIALES

Existen dos áreas del derecho norteamericano en que no se aplica la regla de la BJR o al menos no se aplica de acuerdo a sus presupuestos y elementos tradicionales, sino que esos elementos son interpretados de modo más específico o distinto. Estas áreas son las de los "takeovers bids" o cambios en la relación de control societario y en las "derivative lawsuits"<sup>80</sup>.

#### **Toma de control societario ("takeovers")**

En el caso de los takeovers, en 1985 en el caso *Smith v. Van Gorkom* la Corte de Delaware cambió los criterios jurisprudenciales anteriores respecto de los takeovers y encontró a los directores groseramente negligentes, negó la aplicabilidad de la BJR, les impuso responsabilidad civil personal y difirió la determinación de la indemnización por daño para una ulterior oportunidad. La BJR fue modificada en el sentido de que no basta (para su aplicación) una mera ausencia de mala fe o dolo, sino que, en su conducta, el director debe exhibir una dedicación positiva a sus deberes para proteger acabadamente los intereses que le han sido confiados<sup>81</sup>. De este modo el criterio del tribunal pasó de un criterio meramente pasivo a uno notablemente activo en el deber que debe cumplir el director. Esta solución es importante y habría que pensar su formulación positiva en un texto legal futuro, más allá del contexto de las takeovers y ampliable al resto de los campos usuales de la responsabilidad.

En el caso *Unocal/Mesa Petroleum*<sup>82</sup> por primera vez el tribunal estableció que la regla de la BJR tiene características específicas y diferentes de otros contextos de transacciones ordinarias. Por otra

---

<sup>79</sup> Cfr. *In re The Walt Disney Co. Derivative Litig.*, 2004 Del. Ch. LEXIS 132, at \*30 (Sept. 10, 2004) (unpublished). En este caso el tribunal distinguió la conducta del director Ovitz antes de pertenecer al directorio de Walt Disney, en que tenía derecho a buscar el mejor contrato laboral posible para él mismo y luego de integrarlo, en el que, al momento de negociar su despido y remuneración, debió haber actuado de manera a la vez "imparcial" y "justa" ("impartial" y "fair").

<sup>80</sup> Así opinan Knepper, Vol. 1, 2-49.

<sup>81</sup> Cfr. *Smith v. Van Gorkom* 488 A.2d 858, 872 (Del. 1985). El texto más relevante de esta afirmación es el siguiente: "Fullfillment of the fiduciary function requires more than the mere absence of bad faith or fraud. Representation of the financial interests of others imposes on a director an affirmative duty to protect those interests and to proceed with a critical eye in assessing information of the type and under the circumstances present here". (loc. cit.)

<sup>82</sup> Cfr. *Unocal Corp. V. Mesa Petroleum Co.*, 493 A.2d 946, 954 (Del. 1985). Concretamente el tribunal dijo que debido al omnipresente "espectro" de que el directorio puede estar actuando primariamente pensando en sus propios intereses antes que en aquellos de la sociedad y de sus accionistas, sus deberes están "ampliados" en el contexto de los takeovers (cfr. p. 954).

parte, también estableció que esta regla es aplicable a las situaciones relacionadas con el control societario –como los takeovers- a pesar de que de que éstas involucran primariamente a los accionistas. ¿Qué elementos deben ser analizados concienzudamente por el directorio a los fines de evitar riesgos de ser responsabilizados en el contexto de los takeovers? Este fallo menciona los siguientes<sup>83</sup>:

- inadecuación del precio,
- naturaleza y oportunidad inadecuadas de la oferta,
- cuestiones de ilegalidad,
- riesgo de fracaso del cumplimiento de la oferta,
- calidad de los aseguramientos ofrecidos, e

impacto del *takeover* no sólo respecto de los accionistas sino también respecto de los acreedores, clientes, empleados e incluso de la comunidad en general.

A pesar de que este criterio ha sido adoptado en numerosas jurisdicciones, otras sentencias se resisten a poner en cabeza de los directores la carga de la prueba de esos elementos<sup>84</sup>.

Este “escrutinio extendido” de la conducta de los directores en el caso de los takeovers ha sido explicado en mayor profundidad en el caso *Paramount Communications, Inc. V. QVC Network*, de la Corte Suprema de Delaware, de 1994<sup>85</sup>, haciendo alusión a la “razonabilidad de la decisión” y a la “adecuada información” que manejó el directorio, pero todo juzgado a la luz de la complejidad que este tipo de operaciones de cambio de control involucran, que es mayor que las operaciones empresariales “ordinarias”. Específicamente el tribunal valora que la decisión no debe ser “perfecta” sino “razonable” desde el punto de vista empresarial y que los tribunales deben abstenerse de reemplazar o suplantar a los directores en las tomas de decisiones sino sólo constatar tal razonabilidad<sup>86</sup>. Como se ve, estamos en la línea tradicional de los términos de la doctrina de la BJR, pero en el marco de una mayor complejidad y rigurosidad del escrutinio.

Esta política legislativa es novedosa porque en casos anteriores del mismo tribunal de Delaware se aplicaba la doctrina del caso *Paramount Communications, Inc. V. Time, Inc.*,<sup>87</sup> entre otros, con criterios más vagos o generales y menos específicos para el caso de un takeover y enfocando el tema en base al corto plazo, afirmándose que los directores no están obligados a abandonar un plan societario de takeover por seguir unas ganancias de un accionista a corto plazo a menos que el plan de cambio de control estratégico sea inviable. Quizá la cuestión trascendente no es tanto el enfoque del corto o largo plazo –que sin duda es importante- sino de considerar los elementos y características propias de los takeovers como marco específico para poder juzgar sobre la BJR en esos casos de cambios en el control societario. La especificidad se impone por sobre la generalidad, no sólo porque tiene características propias sino porque también la complejidad de las cuestiones involucradas cambian los riesgos y la calificación de la conducta de los directores en orden a su responsabilidad.

---

<sup>83</sup> Vemos aquí reclamos éticos que se apoyan en las finalidades sustanciales y procesales de los takeovers y por ende es una política legisferante encomiable.

<sup>84</sup> Cfr., por ejemplo, *Hanson Trust PLC v. ML SCM Acquisition, Inc.* 781 F.2d 264 (2d Cir. 1986).

<sup>85</sup> Cfr. *Paramount Communications, Inc. V. QVC Network, Inc.*, 637 A.2d 34 (Del. 1994).

<sup>86</sup> *Ibidem*.

<sup>87</sup> Cfr. *Paramount Communications, Inc. V. Time, Inc.*, 571 A.2d 1140, 1154 (Del. 1989).

### ***"Derivative lawsuits"***

El segundo sector jurídico al que se aplica la BJR de modo diverso o de forma modificada respecto de su tradicional aplicación a las transacciones ordinarias es el de las "derivative lawsuits". En estas –al igual que en el caso de cambios en el control societario– surgen notorios conflictos de intereses, por lo que la jurisprudencia ha elaborado normas específicas para estos casos<sup>88</sup>.

Estas acciones de responsabilidad son comenzadas o proseguidas por accionistas en representación de la sociedad contra los directores, "officers" o incluso otros empleados de ella, alegando violaciones a los deberes inherentes al gobierno o administración societarias y buscando la reparación del daño ocasionado. Toda indemnización –surgida de un arreglo o de una condena judicial– es pagada a la sociedad, no directamente a los accionistas accionantes, quienes se benefician de ella sólo indirectamente por el mayor valor que adquiere su participación accionaria en el valor de la sociedad.

### ***"Comité especial de litigios" ("special litigation committee")***

Previo al comienzo de la demanda por daños, el accionista debe generalmente reclamar del directorio la prosecución de tal acción, en representación de la sociedad y los directores deben analizar si decidir el comienzo de la acción constituye una medida adoptada en el mejor interés de la sociedad. Es natural por ello que la Corte Suprema de Estados Unidos haya dicho que la decisión de la sociedad de iniciar la acción deba ser adoptada por el directorio o la mayoría de los accionistas<sup>89</sup>.

Es entonces cuando surge el conflicto de intereses porque es el mismo director quien debe decidir sobre la oportunidad, mérito o conveniencia del inicio de la acción de daños en contra suyo o de otro miembro del directorio o contra todos sus miembros. Este conflicto se materializa en dos campos: decidir sobre la oportunidad, mérito o conveniencia de la acción de resarcimiento respecto de la sociedad, valorando todas sus ventajas (resarcimiento del daño, evitación de futuras conductas ilegítimas similares, adecuada sanción moral, etc.) y desventajas (descrédito en la plaza, posible publicidad adversa, distracción de las tareas ordinarias de administración, revelación indeseable de información sobre la sociedad, posibles consecuencias internas o externas de un fracaso de la acción, etc.); y decidir sobre la oportunidad, mérito o conveniencia de ella respecto del propio director, puesto que el resultado –exitoso o no– afectará su propio patrimonio e incluso su prestigio presente y futuro.

Como una típica solución práctica de solucionar o mitigar este conflicto de intereses y a fin de evitar esta falta de independencia de los directores para decidir iniciar o no la acción resarcitoria, las sociedades en Estados Unidos suelen designar un "comité especial de litigios" ("special litigation committee") en el seno del directorio con amplios poderes para ello. La legitimidad de esta política ha sido avalada por la inmensa mayoría de las jurisdicciones estatales que la han decidido<sup>90</sup>.

### ***La imposibilidad de revisar la decisión del comité***

Lo que está discutido en la jurisprudencia es si la decisión de ese comité especial está protegida por la BJR o no. Para una primera postura, adoptada por la Corte Suprema de Nueva York, según la cual, siguiendo las tradicionales directrices de la BJR, los jueces no pueden invadir esta esfera propia

---

<sup>88</sup> Knepper, Vol. I, 2-49/56.

<sup>89</sup> Cfr. Kamen v. Kemper Financial Services, Inc., 500 U.S. 90, 111 St. Ct. 1711, 114 L. Ed. 2d 152 (1991).

<sup>90</sup> Cfr., entre otros, Gall v. Exxon Corp., 418 F. Supp. 508 (S.D.N.Y. 1976) y Auerbach v. Bennett, 47 N.Y. 2d 619, 419 N.Y.S. 2d 920, 393 N.E. 2d 994 (1979). Existen algunas sentencias contrarias de las décadas de los años ochenta y noventa.

del citado comité y por ende no pueden juzgar la legitimidad de la decisión que opta por iniciar o no la acción resarcitoria. Sólo puede juzgar eventualmente si el procedimiento seguido para ello fue ajustado a derecho o no: así, puede juzgar si ha existido una “independencia desinteresada” del directorio o del comité especial y una “apropiada y suficiente” investigación del directorio o del mencionado comité<sup>91</sup>. Indudablemente en este juicio –de naturaleza colateral a la acción de daños- hay elementos de *suficiencia* y de *buena fe* por parte de la investigación y decisión del comité o del directorio que los tribunales deben valorar, que asegure a su vez la independencia de criterio de la decisión, no carente por cierto de riesgos<sup>92</sup>.

Cuestiones no resueltas por los tribunales son la competencia y duración de este comité: ¿debe limitarse sólo a decidir las cuestiones relacionadas con la acción de daños? ¿Deberá perpetuarse en el tiempo, para decidir todas las cuestiones atinentes a la acción de daños –su comienzo, su continuación y su finalización- en el seno del directorio o limitarse sólo al inicio de ella? ¿Para asegurar la independencia de criterio de los miembros del comité es conveniente la designación de directores ad-hoc o “independientes”? Graves cuestiones de conflictos de intereses se alzan alrededor de las acciones de daños que es menester resolver. Pareciera conveniente que el comité se perpetúe en los temas de su competencia hasta la total finalización de las acciones de responsabilidad, cualquiera sea el resultado obtenido.

Algunas de estas cuestiones que giran alrededor de la “independencia de criterio” del referido comité han sido tangencialmente tratadas por algunos fallos, en los que se ha dicho, como criterio general, que, considerando la totalidad de las circunstancias, los miembros del comité deben basar sus decisiones en la ameritación de los hechos relevantes de la cuestión, antes que en extrañas consideraciones o influencias que puedan recibir<sup>93</sup>. Entre estos hechos relevantes que los tribunales deben y suelen valorar la doctrina ha señalado los siguientes<sup>94</sup>:

- la situación del director como demandado;
- presencia del director en las reuniones en que se trató la operación cuestionada;
- participación en la transacción cuestionada o impugnada como indebida;
- aprobación de la misma;
- exposición personal a la responsabilidad civil;
- transacciones contractuales entre el director y la sociedad pasadas y presentes;

---

<sup>91</sup> Cfr. *Auerbach v. Bennett*, 47 N.Y. 2d 619, 623-624, 419 N.Y.S. 2d 920, 393 N.E. 2d 994 (1979).

<sup>92</sup> En un curioso caso del Tribunal de Apelaciones de Minnesota no fue cuestionada la independencia de criterio sino la buena fe del comité, materializada en la brevedad de su informe (de una extensión de dos páginas y media) lo que fue rechazado por el tribunal, que encontró la investigación (de 21 páginas de extensión, además de las declaraciones de los testigos) ajustada a la BJR y por ende desestimó la “*derivative lawsuit*”. Cfr. *Drilling v. Berman*, 589 N.W. 2d 503 (Minn. Ct. App. 1999). La brevedad no obsta a la relevancia de la información utilizada y a la eficacia del procedimiento adoptado, lo que debería ser adoptado por los operadores jurídicos de otros países para beneficio de todos los destinatarios de los servicios jurídicos. Esta brevedad –notable, por otra parte, en las sentencias de los tribunales norteamericanos- es importante y es deseable para reforzar la pertinencia y relevancia de los argumentos utilizados tanto respecto de los peticionantes como respecto de los tribunales.

<sup>93</sup> Cfr, por ejemplo, *Kaplan v. Wyatt* 499 A.2d 1184, 1189 (Del. 1985). Este criterio contiene un alto grado de moralidad y es claramente moralizante.

<sup>94</sup> Cfr. *Knepper*, Vol. I, 2-52. En casos paradigmáticos como por ejemplo *Einhorn v. Culea* 235 Wis. 2d 646, 2000 WI 65, 612 N.W. 2d 78 (Wis. 2000), fallado por la Corte Suprema de Wisconsin en el año 2000, el tribunal valoró, entre otros, esos criterios o hechos como relevantes para valorar si un director del comité tiene una opinión independiente a los efectos de la acción de daños contra los miembros del directorio.

servicios pasados o presentes del director a la sociedad en funciones distintas (por ejemplo como consultor o asesor externo);

transacciones comerciales o vínculos familiares o sociales del director miembro del comité con otros miembros del directorio demandados y número total de los directores miembros del comité de litigios.

El factor más importante de estos es la participación en la transacción cuestionada. Estas circunstancias son importantes para poder valorar la eficacia de la actuación del comité de litigios o efectos de decidir el inicio de las acciones de responsabilidad, particularmente a través del examen de la independencia de sus miembros.

### ***Poderes del tribunal sobre la decisión del comité***

Para una segunda postura distinta del tribunal de Nueva York precedentemente explicada, la Corte Suprema de Delaware autoriza la revisión judicial de la decisión negativa del comité respecto del inicio de acciones de responsabilidad<sup>95</sup>. La cuestión por ende radica en si la sustitución de la decisión sustancial de iniciar acciones por parte del comité, que es asumida por el tribunal, contradice o no la finalidad y régimen de la tradicional regla de la BJR en lo que tiene de autonomía el directorio y que excluye la intervención de los tribunales: al menos así lo plantea la doctrina<sup>96</sup>. El objeto del litigio colateral o previo en este caso –o su principal *thema decidendi*– es la independencia o no de los miembros del comité de litigios para iniciar las acciones de responsabilidad<sup>97</sup>. Tal como está planteada la cuestión la *fattispecie* es similar que la descrita por el tribunal de Nueva York en la anterior postura, sólo que la solución es prácticamente la contraria. Esta postura es una clara modificación de la tradicional BJR.

Una cuestión colateral es la excusabilidad de la omisión de demandar por el supuesto de la inutilidad de iniciar acciones de responsabilidad en el típico caso en la que actuación de los directores esté tan controlada por los causantes de la transacción impugnada que la demanda será inútil. En un caso posterior a *Zapata v. Maldonado* el mismo tribunal explicó, en *Levine v. Smith*, de 1991, qué entiende por “demanda inútil”<sup>98</sup>, esto es, cuando el director está dominado por otro director interesado en la transacción que ha propuesto y que es luego cuestionada o bien cuando no tiene la independencia suficiente como para decidir el comienzo de la acción<sup>99</sup>. Aunque el tribunal no lo dice expresamente, un ejemplo típico de estos casos son los grupos de sociedades, en los que el controlante está interesado en una decisión dañosa para la controlada y que, o bien ha colocado a sus propios directores como directores de ésta, o bien domina totalmente sus decisiones por otros medios. Este tema amerita una mucho mayor profundización por la complejidad que encierran los grupos de sociedades. Este es otro conflicto de intereses en los grupos de sociedades en el caso de los directorios de una sociedad subordinada para decidir acciones de responsabilidad

<sup>95</sup> Cfr. *Zapata v. Maldonado*, 430 A.2d 779 (Del. 1981).

<sup>96</sup> Cfr. Knepper, Vol. I, 2-54.

<sup>97</sup> Este poder del tribunal tiene dos pasos sucesivos: en primer lugar, el tribunal analiza si los directores fueron no interesados (esto es, con exclusivo interés por los intereses de la sociedad), si actuaron de buena fe y si la decisión de iniciar la acción de daños estuvo basada en una pertinente información. Estos tres elementos son típicos de la business judgment rule, pero con la particularidad de que, en este caso, al contrario de la regla tradicional, la sociedad tiene la carga probatoria de la independencia, buena fe y razonabilidad. En segundo lugar, además de juzgar los aspectos procesales de la acción de daños, el tribunal debe “a su discreción” ejercer su propio “independiente business judgment” respecto de si la derivative lawsuit hubo de ser iniciada. Cfr. *Zapata v. Maldonado*, 430 A.2d 779, 789 (Del. 1981).

<sup>98</sup> Cfr. *Levine v. Smith*, 591 A.2d 194, 205-06 (Del. 1991).

<sup>99</sup> Estas son pre-suit demands. Al parecer en Knepper, Vol. I, 2-56 se distingue entre acciones “direct” y “derivative claims”, que están confundidas en el caso de las “close corporations”.

contra la controlante. Este tema puede ser muy interesante para plantear la posibilidad de hacer acciones por daños por imposibilidad de iniciar acciones de responsabilidad contra el directorio de la controlada.

Cuando el comité no es suficientemente independiente, esta deficiencia es prácticamente imposible de ser superada en el futuro. Pero en este tipo de casos los tribunales prefieren no inmiscuirse, en orden a subsanar esa limitación<sup>100</sup>.

## X. BREVE COMPARACIÓN CON EL SISTEMA ARGENTINO

No forma parte del objeto de este trabajo realizar una comparación entre el sistema norteamericano y el argentino. Sin perjuicio de que en el futuro habrá de realizarse un estudio más profundo acerca de la comparación entre el sistema norteamericano y otros sistemas del derecho continental europeo como por ejemplo el argentino, haremos aquí algunas reflexiones sobre el tema.

El sistema argentino del artículo 54 de la ley de sociedades comerciales en sus tres incisos, se refiere –indirectamente– a los directores de la sociedad controlante, quienes pueden resultar responsables por abusos de control por daños inferidos a la sociedad controlada.

Más directamente se refieren al tema los artículos 59 y 274 de la ley de sociedades comerciales. La primera norma consagra implícitamente los deberes inherentes de los directores mencionando expresamente la lealtad y diligencia. La segunda norma consagra el régimen de responsabilidad del director y concreta algunas normas sustanciales y procesales sobre ella. Los artículos 275 a 279 también establecen normas específicas sustanciales y procesales relacionadas con la responsabilidad de los directores. A lo largo del articulado de la ley de sociedades comerciales el legislador también ha previsto supuestos específicos de responsabilidad de directores.

Este sistema no prevé un régimen de presunciones *iuris tantum* como el norteamericano, ni una inversión de la carga de la prueba cuando el accionante de la responsabilidad demuestra su inaplicabilidad frente a una violación de alguno de los deberes inherentes a la relación fiduciaria entre el director y la sociedad gobernada.

No obstante, ello el tema está estrechamente vinculado con el régimen de la buena fe con que debe interpretarse en principio la conducta del director, conforme al régimen del art. 1071 y 1198 del Código Civil argentino y con el régimen de la buena fe para algunos supuestos particulares establecidos en la ley de sociedades comerciales en sus artículos 54 y concordantes.

## XI. CONCLUSIONES

La *Business Judgement Rule* es una regla consolidada desde hace por lo menos cuatro décadas, se ha mantenido incólume hasta la actualidad y ha sido aceptada por muchos tribunales locales de los Estados Unidos. Funciona en primer término como un principio fundamental del derecho de sociedades y en segundo lugar como una presunción adecuada a la libertad y amplitud de las facultades de gobierno de los directores, está claramente definida en sus elementos y convenientemente regulada tanto como principio y como excepción en su inversión de la carga de

---

<sup>100</sup> Cfr. Janssen v. Best & Flanagan, 662 N.W. 2d 876, 2003 Minn. LEXIS 278 (May 22, 2003). En este caso el tribunal constató la falta de independencia del comité porque el directorio le dio instrucciones de no investigar o no volver a investigar hechos pasados ya investigados.

la prueba, cuando el actor demuestra que es inaplicable a un caso concreto. Sin duda juega un papel trascendental en la regulación de la responsabilidad de los directores por sus decisiones dañosas a la sociedad y a terceros en el derecho de los Estados Unidos y muy probablemente tendrá influencia en las posibles soluciones legislativas de otros países del derecho continental europeo que puedan adoptar algunas de sus soluciones, con la debida apreciación crítica de su régimen, caracteres y límites, conforme al método del derecho comparado.

**HERRAMIENTAS PREVENTIVAS EN MATERIA CONCURSAL<sup>101</sup>****Martín ARECHA****Expositores: Martín ARECHA, Darío GRAZIABILE y Silvana CHIAPERO****Coordinador: Daniel VITOLLO****1. INTRODUCCIÓN**

La pandemia del Covid-19, provocó además de los importantes efectos en la salud de la población, con consecuencias graves sobre la economía mundial, y particular incidencia en nuestro país, que sumó a la situación general la propia y particular de por sí compleja, con alta desocupación y alarmante incremento de los índices de pobreza e indigencia, inflación elevadísima, desinversión, nulo crecimiento y conflictos en diversos sectores de la economía; todo lo cual incidió en la actividad en general y en la empresarial-comercial. Si bien los problemas del país, agravan los problemas económicos y sociales al reducir el intercambio y afectar la circulación de riqueza, sus puntuales causas y soluciones no son materia de consideración en este trabajo por ser de índole político y sociológico que exceden la finalidad de la presentación.

En cambio, si corresponde, la búsqueda de herramientas jurídicas que permitan enfrentar la pésima situación económica-empresarial por la que se atraviesa y para ello, atender al daño que provoca y tratar de atenuarlo de disminuirlo en todo lo posible, desde que, en materia mercantil, los remedios para afrontar esos daños, son el concurso preventivo y la quiebra, que constituye un ordenamiento con el cual se enfrentan los daños originados por la crisis económica, y se los regula y distribuye. El derecho concursal es en el fondo un sistema de reparto de daños ante la insolvencia.

El APE, también previsto en la ley concursal, si bien ha sido legislado para atender no solo la insolvencia sino también "...las graves dificultades económicas o financieras de carácter general..." generando una posible alternativa previa a la cesación de pagos, empero ese instrumento no tuvo la recepción esperada, solo fue utilizado por algunas grandes empresas y no por el común de los operadores. Ha sido caracterizado como un "concurso simplificado" o "subtipo concursal" con privatización de la etapa inicial del trámite, (ver obra dirigida por O. Chomer y coordinada por Pablo Frik: "Concursos y Quiebras" T. 2 p. 271/6, trabajo de Tropeano, D), incluso existió, en nuestro país, un régimen de "acuerdos preconcursales"- ley 22.917-, previsto solo para reorganizar deudas bancarias, los que eran válidos entre quienes acordaran, o sea que tanto el APE como los acuerdos pueden considerarse antecedentes nacionales en los que se regularon herramientas preconcursales, pero que no fueron lo suficientemente eficaces.

La situación de crisis, la cercanía de la insolvencia o la misma cesación de pagos ponen al deudor ante una alternativa difícil, ya que su remedio es pedir el concurso para buscar su reorganización, pero no puede dejar de evaluar las exigencias que le impondrá ese camino; desde los honorarios profesionales que deberá pagar, la necesidad de organización de un sistema para atender la administración de esa etapa, las dificultades que deberá atender derivadas de la falta de financiación institucional, los inconvenientes con los proveedores no solo por la entrega de insumos sino por el financiamiento del pago, las exigencias nuevas que le obligarán a operar al contado, los

---

<sup>101</sup> Versión en base exposición en el Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho Y Ciencias Sociales de Córdoba y El Arca, del 2 de junio 2021.

problemas laborales; en fin todas cuestiones importantes que por lo general lo llevarán a demorar la presentación con la consecuencia de agravación de su situación, a veces sin retorno, restándole solo la alternativa de presentarse para ganar tiempo en espera de algún milagro – que no llegará - que ayude a resolver el drama. Desde el lado de los acreedores hay que considerar que en los concursos el recupero es muy bajo y en la quiebra casi nulo.

Frente a ese panorama, lo razonable es buscar alternativas que permitan no llegar a semejante encrucijada y anticiparse a la crisis futura, y para ello, existen antecedentes de instrumentos que son herramientas de preconcursalidad. Josefina Pulgar Esquerra, ha trabajado con brillantez el tema en una importante obra “Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación” (ed. 2012, La Ley, Wolters Kluwer, España)

En esa búsqueda y siguiendo las experiencias que han logrado buenos resultados, hay países cuyas legislaciones han regulado la preconcursalidad, tal como Italia y Francia y son las que tradicionalmente han sido tomados como antecedentes en nuestro derecho como fuentes.

## 2. LA PRECONCURSALIDAD

Nuestra ley 24.522, no contempla la “preconcursalidad”; exige para el concurso preventivo y la quiebra la configuración de la “cesación de pagos”, su presupuesto objetivo; mientras que, para el APE, tal exigencia es mas laxa, aunque si bien tiene efectos concursales, su utilización por la generalidad de los operadores, solo ha resultado útil en algunos casos limitados y no ha tenido recepción generalizada. Es un sistema menos exigente en el inicio, aunque sus efectos resultan iguales a los concursales.

La anticipación a la insolvencia resulta sumamente importante, es una maniobra de intento de superación antes de caer en ese estado de difícil retorno, y se lo denomina “preconcursalidad”, y nuestro derecho, como se ha referido, cuenta con dos antecedentes de poca eficacia, pero existen buenos fundamentos para una adecuada reelaboración jurídica que ofrezca institutos útiles, con beneficios para la economía en general y la actividad empresarial y en definitiva para la cadena de actividad mercantil.

La prevención, tiene raigambre constitucional, pues así resulta del art. 19 CN y ha sido interpretado en ese sentido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes “Camacho Costa” y “Santa Coloma”. Además, los arts. 42 y 43 de la misma Constitución se inscriben en línea con resguardar y prevenir los derechos de los consumidores y de los ciudadanos, conforme texto de la última reforma de 1994.

Por su lado el Código Civil y Comercial (CCC), con vigencia desde el 2015, ha elevado la función preventiva en materia de daños a un posición relevante, regulando sistemáticamente la “prevención del daño”, (art. 1708, 1710, 1711) junto con las restantes funciones del derecho de daños, y si bien tal prevención no es una idea original de los legisladores de 2015, si es su modo de tratamiento, ya que el anterior Código Civil (CC), con sus reformas de la ley 17.711, lo había considerado con carácter específico y para supuestos puntuales, no de una manera general y sistemática o como principio general. En efecto, los arts. 2499 y 2618 del anterior CC, trataban dos supuestos, el primero, para el caso de turbación de la posesión derivada de obra nueva, y el segundo por molestias vecinales que excedan la normal tolerancia; ambos casos típicos de anticipación al daño. Otras ramas del derecho también se han ocupado de la prevención (conf.: Bueres, A.J. en “Código Civil y Comercial de la Nación y leyes complementarias” T. 3F pág. 82/83/,86/87/ 106/7) o sea, es un tema que con generalidad se ha incorporado con mayor énfasis en el ordenamiento

jurídico por lo cual, también debe ser explorado y con esa misma intensidad en materia concursal, con herramientas anticipatorias a la insolvencia.

Si bien, el art. 1709 del CCC. establece el orden de prelación normativa aplicable en materia de responsabilidad civil, entiendo que no sería posible en la materia concursal recurrir a la acción preventiva del art. 1711; en primer lugar por ser el concursal un derecho especial que debe regirse por sus propias disposiciones, y en ese caso se encuentra disponible la vía del APE (art. 69 LCQ), y en segundo término, el derecho concursal regula situaciones distintas a las del derecho común – civil y comercial – con efectos propios que abarcan un amplio abanico derivado de las consecuencias de la insolvencia y ello como nota caracterizante de ese derecho concursal .

A ello se puede agregar que el CCC, al referirse al “deber” de prevención de daño, en el art. 1710, lo instituye en cabeza de “Toda persona...”, y de la lectura de la norma surge que tanto el causante del daño, como la víctima, podrían ejercer la acción preventiva, claro que la común (art. 1711), pero en materia concursal, no parece posible, desde que existe derecho y vía específica (el APE) para el deudor; y si se tratare de las víctimas -los acreedores-, no hay, para tal hipótesis, una acción concursal o colectiva prevista a fin de limitar o atenuar ese daño – falencial – sino que sólo disponen de acciones individuales, de naturaleza diferente a la concursal.

De tal modo que existen fundamentos razonables, para analizar la posibilidad de introducir en nuestra legislación normas con herramientas que permitan la prevención en materia concursal, resultando esos remedios necesarios, no solo en tiempos tan particulares como los que se transitan, sino con carácter general, desde que pueden servir para sobrellevar situaciones complejas con derivaciones difíciles de resolver en el tiempo.

### **3. EL DERECHO COMPARADO**

Como fue anticipado, el derecho comparado, ofrece importantes guías, para regular la preconcursalidad.

Italia y Francia cuentan con experiencia en este tipo de tratamientos legislativos y son, las que se tomarán, en esta oportunidad como orientadoras.

En esas legislaciones, se constatan, y como notas específicas la existencia de “escudos protectores” – en denominación de Josefina Pulgar Escurra - y de regulación de la “preeducibilidad” de los financiadores – o de algunos financiadores- que dan apoyo de ese tipo al deudor que alcanza el acuerdo. A esas notas se agregan con distinta intensidad las de flexibilidad de soluciones, resguardo de los acreedores que no participan o que se oponen al acuerdo, así como la intervención de algún profesional o conciliador en las tratativas, y la publicidad y solo en algunos casos, se exigen mayorías. La homologación judicial del acuerdo se observa como exigida en algunos casos y en otro, basta con una constatación.

### **4. LOS ESCUDOS PROTECTORES Y LA PREDEDUCIBILIDAD**

Los sistemas organizados en los mencionados países, persiguieron fundamentalmente resguardar la actividad empresarial, tal como es tradicional en ambos ordenamientos; ello explica en alguna medida la incorporación de esos dos resguardos, que resultaron ser muy especiales y apropiados para fortalecer la eficacia de esta herramienta preconcursal.

Esos escudos, tienen por finalidad blindar al deudor que logra acordar con sus acreedores o con algunos – y con adecuación al sistema legal previsto-, de futuras acciones de revocatoria concursal referidas a los actos cumplidos y ejecutados en los términos del convenio alcanzado. Claro está, que esa protección se da frente a un eventual concurso posterior que habilite ese tipo de acciones.

La prededucibilidad, por su lado, busca asegurar el recupero de los prestamos dados para financiar la salida del deudor que implican que el financiamiento -de instituciones de crédito o de socios-, de manera que pueda ser recuperado por quien lo dio; es decir tal financiamiento queda exento de las reglas comunes, lo que importa que un acreedor con causa en el financiamiento – originado en el acuerdo tiene la seguridad de la prededucibilidad – pudiendo percibir su crédito financiero, con antelación a cualquier otro acreedor.

Ese beneficio al financiador, no es un privilegio ya que este se basa en que en ese caso el acreedor es pagado con preferencia a otro y tiene su asiento que lo respalda y es así reconocido por la ley; en cambio la prededución otorga un beneficio de prelación del pago respecto de los restantes acreedores y sobre todo el patrimonio del deudor incluso en caso de quiebra y no sobre un bien o bienes en especial. Ariel A. Dasso, en “Pandemia. Prededución y sus nudos” (publicado en Deconomi Año IV, Nº 11) lo refiere como estímulo, que refuerza la tutela de sujetos que como los bancos acepten financiar empresas en crisis, y los refiere como erogaciones financieras con la seguridad que no serán afectados por la quiebra, y a los que en todo caso son deducidos de modo previo, resultando nota esencial y calificativa de ciertas deudas

Ambas notas –escudos y prededucibilidad - me permiten sostener que la preconcursalidad y sus herramientas, se presenta más como un pacto regulado y con efectos especiales – sin que sus efectos se extiendan a la universalidad de acreedores de manera legal-, y con eficacia vinculante respecto de quienes lo acepten, todo lo cual le confiere las características contractuales con algunas notas especiales. No se trataría de una típica alternativa concursal, pues sus efectos no son los propios del concurso y de su universalidad. Esto es así, al punto que, en la mayoría de los supuestos, los sistemas resguardan los derechos – con mayor o menor entidad – de los acreedores que no participan del acuerdo que se hubiera alcanzado.

## 5. LAS REGULACIONES EN ITALIA Y EN FRANCIA

La referencia a estos dos ordenamientos, se hace en sus lineamientos reveladores de la atención temprana de la crisis, fundamentalmente para protección de empresarios y de las empresas.

*A. Italia, en los años 2005 y 2010, introdujo reformas en su “Legge Falimentare”, en las que se busco dar alguna protección preconcursal a los deudores empresarios.*

El “Accordi de Risanamiento” previsto en el art. 63.3.d, en el que se blinda el acuerdo frente a una posible revocatoria concursal. Es un acuerdo que se elabora con la intervención de un profesional independiente, que designa el mismo deudor, de un listado confeccionado por el Ministerio de Justicia de los que quedan habilitados, que deben ser abogados o “doctor comercialista”, o sociedad formada por esos expertos.

El deudor debe proponer un plan, y el profesional se expide en relación a la veracidad de la composición de la hacienda del deudor y la factibilidad del cumplimiento de la propuesta.

Este acuerdo, no requiere mayorías, ni homologación y sólo es válido entre quienes concluyen el acuerdo.

Tiene dado un escudo, que se lo califica como limitado y de protección corta, respecto de las acciones de revocatoria concursal, sobre los actos de cumplimiento de ese acuerdo, en un eventual proceso posterior.

La otra herramienta es el “Accordi de Restruturazione” en el art. 182 de aquella ley, y tiene como característica el que debe ser homologado judicialmente y al igual que el anterior requiere de la intervención de un profesional independiente nombrado por el deudor, que cumple similares funciones agregándose su dictamen sobre el aseguramiento de cobro de los acreedores que no participan del acuerdo alcanzado. Este acuerdo necesita la aprobación de 60% de los créditos.

Se impone realizar una “publicidad” en el Registro de Empresas, haciendo saber la existencia de acuerdo, y les otorga a los acreedores que no participaron o disidentes, el derecho de oposición, que tiene que se planteado en un plazo de 30 días desde la publicación.

Si no hay oposición se homologa, y de existir se resuelve “motivadamente”.

En este caso el escudo es amplio, ya que los acreedores que no han sido parte quedan inhibidos desde la homologación de iniciar o proseguir acciones individuales ejecutivas o cautelares, tampoco pueden instar procesos concursales respecto del deudor, a su vez los acreedores disidentes quedan asegurados del cobro de sus créditos y los actos de cumplimiento del acuerdo quedan excluidos de las acciones de revocatoria concursales comprendiendo todas las garantías dadas por terceros o con bienes de esos terceros.

En sucesivas reformas, y en relación a los acuerdos de restructuración se fueron ampliado esas protecciones (Dec. Legislativo 169 del año 2007) fijando un plazo -60 días- desde la publicación de la homologación, los acreedores por causa o título anterior no podrán proseguir o deducir acciones ejecutivas o cautelares sobre el patrimonio del deudor, luego en el 2010 (Dec. Ley 78/2010) se reconoce privilegio a la nueva financiación –de entidades y socios, en 100% y 80% respectivamente- y excluyendo la alternativa de responsabilidades por concesión abusiva de crédito y de los delitos de bancarrota y agravamiento de insolvencia.

*B. En Francia, el objetivo ha sido, proteger las empresas en dificultades, y resguardar el empleo. Desde los años 80, se intentaron alternativas, se pueden observar dos periodos, uno muy especial destinado a dar posibilidad a los deudores del sector público de negociar sus deudas, y luego ampliado con efectos generales.*

En la primera etapa, el procedimiento previsto fue “administrativo” y destinado a ciertos acreedores- el Tesoro y la Seguridad Social, que frente a las deudas que tuvieran los contribuyentes y bajo el control de la “Comisión de Responsables de Servicios Financieros” y bajo ciertos parámetros, los deudores buscaban alternativas de pago que originariamente fueron con esperas, pero mas adelante se admitieron quitas, distinguiendo entre impuestos directos e indirectos; en los primeros se admitían quitas, en los segundos solo la remisión de los intereses por mora, los recargos, penalizaciones y las multas, pero no el capital. Ahora bien, la regla para la negociación bajo las pautas indicadas estaba sometida a la regla del “market test” es decir la quita que hubiera hecho un inversor privado en sus operaciones normales de mercado.

El otro remedio, era de naturaleza extrajudicial (desde 1984) fue el “Prevention et Reglamente Amiable Des Enterprises Dans Difficulte”, el cual opera frente a ciertas alertas, debiendo el deudor disponer de suficiente información contable, debiendo solicitar la designación de un “conciliaterur”, el cual colabora en alcanzar una solución amigable. Esa designación es hecha por el Tribunal, que solo hace ese nombramiento. Ese es el “Reglamente Amiable”

Se contemplaba una publicidad que se imponía y que resulto el mayor inconveniente para la utilidad del procedimiento, pues no favoreció la concreción de soluciones.

Entre los años 2005 y 2010, se realizaron significativas reformas, - fue sancionada la “Loi de Sauvegarde des Enterprises” L 2005/845) se abandonan los anteriores remedios, y se instauran dos alternativas, la conciliación- reemplazando el “reglamento amigable” y la salvaguarda.

La “conciliación”, en el que interviene una “conciliador” designado judicialmente, habilitado no solo para la pre insolvencia, para la previsible cesación de pagos y hasta para la cesación, o sea con posibilidad de encarar ese estado por este procedimiento, y resolvió la dicotomía publicidad/confidencialidad que el procedimiento anterior del “Reglment Amiable”, había ocasionado.

Los tipos de conciliación fueron dos: i) el Simple o “light” (art. L 611-8) el que no tiene publicidad, cuenta con máxima confidencialidad y si bien es presentado al Tribunal que se limita solo a constatarlo; el ii) es el “homologado”, que exige requisitos: que el deudor no este en insolvencia o que la elimine, que permita la continuación del funcionamiento de la empresa y que proteja los intereses de los acreedores – que no son parte del acuerdo – con la particularidad de facultar al Tribunal para otorgar plazos de gracia. En este caso, la homologación se publica, pero si se niega esa homologación la decisión no se publica.

A los acuerdos homologados , - en la reforma de 2005- le fueron concedidos escudos, al disponerse que los acreedores no participantes no podían instar proceso concursal contra el deudor, pero las garantías que tuvieran no se debían ser afectadas; asimismo los actos realizados en cumplimiento del acuerdo no eran susceptibles de acciones rescisorias concursales, y por último a ciertos dadores de crédito al deudor que alcanza acordar, tales como los financieros, proveedores y suministradores, se les da prededucibilidad, y a las entidades financieras además se las exime de responsabilidad por financiaciones concedidas en situación de insolvencia o preinsolvencia (art. L 622-17 del C de Comercio).

También se elimina la responsabilidad que se pudiera invocar contra entidades dadoras de crédito, por financiación dada en situaciones de insolvencia o pre-insolvencia (art. 6501-1 del C. de C)

La otra herramienta es la “salvaguarda” (introducida, por ley del 26.7.2005), que es judicial, que tiene finalidad preventiva para aquellos deudores que se encuentren en dificultades y cuya duración es determinada en un año. Se trata que el deudor presente un plan, que permita a la empresa su reorganización para superar su situación mediante un ofrecimiento de pagos escalonados en un máximo de 10 años, y que requiere ser aprobado por dos tercios de los créditos.

Se agrega en el año 2010, la “salvaguarda financiera acelerada”, que como nota caracterizante se destina a acreedores financieros, por ciertas empresas que cuenten con un número de asalariados (150) o tengan un giro por ejercicio de cierto importe (E 20.000.000).

El deudor debe ofrecer un plan, que resguarde la empresa, que sea aprobado por dos tercios de los acreedores – de la clase financiera- y que la aprobación se obtenga en un mes.

Se trata de un sistema confidencial y como se dijo para una sola clase o categoría de acreedores y de rápido tramite.

## 6. A MODO DE PROPUESTA

El derecho concursal argentino, en su función de distribuidor y ordenador de daños, se ha convertido en una herramienta rígida y poco eficiente. Muchas pueden ser las modificaciones que resultaría necesario introducir, pero una de ellas es, sin duda, atender a la prevención de la insolvencia, la preconcursalidad que se da en una etapa anterior a la crisis generalmente irreversible. Esa etapa debe ser atendida, con herramientas que eviten agravar el daño y limitar los que se puedan ir generando en el futuro.

La experiencia comparada, es indudablemente útil, lo cual no significa que deba ser seguida sin adecuación a la realidad nacional.

En nuestro derecho, es posible utilizar el contrato en el marco del art. 958 del CCC, y con los efectos del art. 959 y 1021. Su efecto limitado puede lograr algún acuerdo, pero en esta materia, debe apuntarse a sumar créditos y acreedores, de manera que utilizar los “escudos protectores y la prededucibilidad” con fuerza legal, constituiría el medio para armar un sistema.

De tal modo, si el deudor pretende un acuerdo con esos efectos protectores, debería intervenir un “mediador especializado” quien debería expedirse profesionalmente sobre la composición del pasivo, la individualización de los acreedores, en base a documentación contable, y habría que alcanzar ciertas mayorías para darle los efectos especiales, de alcanzar un acuerdo – aunque no sea en paridad ni por categoría de acreedores – que representen cierto porcentaje de capital y otro de personas, el acuerdo debería ser “publicado” – si superara cierta base – con opinión del mediador especializado, en el que conste además de lo antes requerido, constancia de las mayorías alcanzadas y del resguardo razonable de los créditos de los acreedores que niegan adhesión o no participan, y esto cuando se obtengan las mayorías especiales o superiores de exigencia, disponiendo que el deudor quede blindado de acciones individuales – de iniciar o proseguir todo tipo de acción individual- por un determinado plazo, pero con la compensación económica correspondiente y necesariamente por un lapso razonable no se podrán tampoco deducir contra el pedidos de quiebra. La publicidad, debería ser por edicto y registral – similar al que se emplea en los acuerdos de mediación -.

El blindaje respecto de las acciones revocatorias concursales, debería darse a partir de la mayoría que se fije – y que tenga entidad que la justifique – como también la “prededucibilidad” tendría que seguir los parámetros similares. O sea, cuando mayor número de acreedores y de créditos se sumen, mayores serán los escudos y más viable la prededucibilidad – no solo de entidades financieras sino de socios y de proveedores -.

Todo lo cual, para su efectividad, tendría que estar acompañado de un régimen penal para los supuestos en que el deudor incurra en fraude, y de otro para los mediadores especializados que intervengan.

**PROPUESTAS PARA ACREEDORES PRIVILEGIADOS NO COMPRENDIDOS EN EL ACUERDO****Alicia KURLAT****Expositores: Carlos VANNEY<sup>102</sup>, Ana AMAYA<sup>103</sup> y Ricardo Javier BELMAÑA<sup>104</sup>****Coordinadora: Alicia KURLAT<sup>105</sup>****I. INTRODUCCIÓN**

Este conversatorio se organizó a partir de una idea central, la de cuestionar el régimen de privilegios vigente.

Desde fallos que dejaron expuestas contradicciones en las interpretaciones de las normas vigentes hasta vacíos, se consensó que es necesario revisar el actual sistema y actualizarlo a nuevas condiciones. Se plantearon tres objetivos, por un lado, exponer los cuestionamientos en base a diversos antecedentes, también hacer propuestas y por último generar un debate que estimule la producción de ponencias para el próximo Congreso de Bahía Blanca.

Hubo consenso entre los expositores acerca de que el régimen de privilegios está en crisis: fallos contradictorios respecto de la atención de créditos de acreedores involuntarios y vulnerables que crean inseguridad jurídica en tanto quedan a consideración del juzgador. Y la necesidad de contemplar quien debe hacerse cargo en estos casos para proteger el crédito y no derramar la responsabilidad sobre terceros ajenos. Inconsistencias respecto del asiento de privilegio de los acreedores laborales como así la necesidad de armonización de la ley vigente con otros tratados. Cuestiones como la oponibilidad de los acuerdos con acreedores privilegiados laborales tardíos o que no participaron del acuerdo, o el tema de la competencia que corresponde en diversas situaciones entre otros que hoy son tópicos de debate. En el mismo sentido los expositores reconocieron que debería repensarse cuestiones como el privilegio de los organismos de recaudación

También se abordaron aspectos sobre las que deben incorporarse normas, por ejemplo, relacionadas con los fideicomisos, tema que hoy genera vacíos legales que deben superarse.

En primer lugar, expuso el **Dr. Vanney** quien propone encuadrar el título del conversatorio en el sistema concursal, y en ese marco analizar la en el sistema de privilegios, señalando que es una crisis que se manifiesta en varios aspectos.

---

<sup>102</sup> Abogado UCA, Posgrados Derecho Tributario Universidad Austral, Posgrado en Concursal Profundizado UBA Maestría en Derecho Empresario Universidad Austral, Profesor de Derecho Concursal y de Sociedades ambos en la Universidad Austral.

<sup>103</sup> Abogada UBA, Doctora en Cs. Jurídicas y Sociales Universidad Del Museo Social Arg., Carrera Judicial en la Justicia. Secretaria efectiva Juzgado Nacional en lo comercial N° 20 Profesora de Derecho Societario UBA, Univ. Belgrano.

<sup>104</sup> Abogado y Procurador Universidad. Nacional de Córdoba Doctor en Derecho y Cs. Sociales Magister Derecho Empresario Universidad Empresarial Siglo 21, Docente de la Universidad Nacional De Córdoba con diversos cargos, Universidad de Belgrano, Universidad Empresarial Siglo 21, Carrera Judicial Juez de 1° Instancia 3° nominación en lo Civil y Comercial de la Ciudad de Córdoba, Vocal de la Cámara de Apelaciones en lo civil y comercial de la 2° Nominación de la Ciudad de Córdoba, Miembro titular de varias Comisiones de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

<sup>105</sup> Lic. En Administración y Contadora Pública UBA, Maestría en Evaluación de Proyectos de Inversión Ucoma-ITBA, Docente de grado UBA y de posgrado UBA, y facultades de Cs, Es.: Salta, Misiones, Paraná, Reconquista, Neuquén, UCES. Síndica Concursal

Sugiere analizar el tema de la declaración de inconstitucionalidad del sistema de privilegios, siendo ese a su criterio el aspecto más grave de esta cuestión.

Menciona dos fallos de la CSJN que en pocos meses tienen resolución contraria: la sentencia dictada el 6/11/2018, en la causa “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia”, sostuvo que *“la preferencia que se otorgue a un acreedor respecto de los restantes en el marco de un proceso concursal es una decisión que incumbe al legislador y no a los jueces de acuerdo con las circunstancias subjetivas que en cada caso en particularse puedan plantear”*.

Destaca que en sentido contrario a lo resuelto menos de seis meses antes con fecha 26/3/2019, la misma CSJN dictaba sentencia en la causa “Institutos Médicos Antártida”.

Resume los hechos que señala que son terribles, así como los de la Asociación Francesa: una persona nacida en 1990, víctima de una mala praxis que lo dejó con 100% de incapacidad por vida. Se promueve acción de daños contra el sanatorio y la aseguradora, dictándose sentencia de 1ra. instancia en el fuero civil en el año 1998 y de Cámara en el año 2003. Ese mismo año, 2003, se decreta la quiebra del sanatorio -la aseguradora también fue liquidada-y el único activo de importancia en la quiebra era un inmueble gravado con hipoteca. Al momento de dictarse la sentencia de Corte, habían pasado 28 años desde el hecho.

En estos autos la CSJN sostuvo que *“la especial atención que demandan de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda”*, que la *“situación de vulnerabilidad descrita que requiere de una solución que la atienda con urgencia, al tiempo transcurrido desde el reconocimiento del crédito por los daños y perjuicios sufridos, y a la duración que tuvo el trámite del presente incidente de verificación”*.

Analiza la sentencia y destaca que hay una grosera falla del sistema judicial en su conjunto, considera que no es imputable a los jueces, sino al sistema en general incluye a los abogados, que entiende siempre dispuestos a demorar los procesos con apelaciones, nulidades, incidentes, revocatorias, y demás recursos o “chicanas” procesales.

No considera justa la solución a la que arriba la Corte en el caso de Institutos Médicos Antártida no porque crea que no corresponde que el niño que sufrió la mala praxis, no tengaderecho a cobrar, por el contrario señala que considera que el monto de la condena fue escandalosamente bajo, sino porque, quien debió pagar por esa mala praxis fue un tercero, que nada tuvo que ver con el horror que ocurrió hace más de tres décadas, la consecuencia del fallo es que quien pagará los daños, será el acreedor hipotecario.

Entiende que la solución, resulta peligrosa para el futuro y que crea una gran inseguridad jurídica, al decretar la inconstitucionalidad del sistema de privilegios de la LCQ. Puntualmente la CSJN declaró *“la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales previsto en los arts. 239, párrafo 1°, 241, 242 parte general, y 243 parte generale inciso 2°, de la ley 24.522”*.

Si es el Estado el que falló, a través de su sistema de justicia, al demorar casi treinta años en darle una solución definitiva al justiciable, se pregunta: ¿No debería ser el Estado quien se haga cargo de brindar la solución, pero en forma directa y no obligando a que -en definitiva-“pague” un tercero? ¿No existe en este caso alguna responsabilidad del Estado?

En esa línea retoma el caso, Asociación Francesa, donde -si bien la solución fue la contraria-expresamente se dijo que *“es deber del Estado desarrollar políticas públicas enderezadas a garantizar el derecho a la salud reconocido por la Constitución Nacional y los tratados*

*internacionales” Y que los “pactos internacionales contienen cláusulas vinculadas con la asistencia y cuidados especiales que se les debe asegurar a los niños y discapacitados”.*

También en este caso con la solución fue contraria, la propia CSJN reconoce que existe responsabilidad del Estado en brindar solución a estas cuestiones.

Pero en Asociación Francesa, se rechaza el planteo y se mantiene el sistema de privilegios concursales. No así en el segundo caso (Institutos Médicos Antártida) donde se rompe el sistema de privilegios y se condena a pagar... al acreedor hipotecario...

Destaca que en estos dos fallos se arriba a dos soluciones totalmente contrarias, y en solo cinco meses, se pregunta cual es, en definitiva, la opinión de la Corte Suprema

Pero aclara que hubo diferencias en la composición de la Corte en cada caso en Asociación Francesa la sentencia la dictó la Corte con su composición natural, mientras que en Institutos Médicos Antártida la sentencia fue dictada por una Corte integrada por una conjueza, ante la excusación del Presidente del Tribunal. Dice que hay que esperar un nuevo fallo, para ver cual es, en definitiva, la opinión actual del Tribunal.

Menciona que actualmente hay un caso en trámite en un concurso preventivo, de Fundación Educar, que tuvo sentencia que sostiene la postura de Asociación Francesa, - y se encuentraa estudio de la Cámara Comercial, con un dictamen muy completo de la fiscal Gabriela Boquín, que adhiere a la doctrina de Institutos Médicos Antártida. En ese dictamen se requiere que se otorgue al crédito de la menor el carácter de privilegio autónomo y de preferente pago por la totalidad del monto insinuado con intereses hasta el efectivo pago.

Será la Corte con sus cinco miembros los que determinarán lo que consideran justo y cuál es la solución que se ajusta a la Constitución Nacional. Recuerda lo que decían el juez estadounidense Robert H. Jackson en 1953 “no somos los jueces últimos porque somos infalibles, sino que somos infalibles porque somos los últimos”, y otro juez de ese país, Charles Evans Hughes en 1907, “vivimos bajo una Constitución, pero la Constitución dice lo que los jueces dicen que dice” aclara que sin ser citas no son textuales queda claro cual es el sentido de ambas frases.

Considera que decretar la inconstitucionalidad de los privilegios, es una solución extrema, y que podría haberse llegado a la misma conclusión (con otro pagador tal vez) pero sin “romper” el sistema, sin la inconstitucionalidad.

Señala que hay otras cuestiones que llevan a plantear esta “crisis del sistema de privilegios” mencionado al comienzo.

Recientemente la Corte, en el conflicto de CABA c. Estado Nacional por las clases presenciales se refirió a la jerarquía de normas, ratificando obviamente que primero estaba la Constitución Nacional, pero sin necesidad de declarar la inconstitucionalidad del DNU.,

También se refiere a la crisis del sistema de privilegios, por ejemplo, los créditos laborales y sus privilegios: en los autos "Pinturas y Revestimientos aplicados SA" (Fallos: 337:315), la CSJN destacó que el régimen de privilegios previsto en la ley 24.522 debe ser integrado con las disposiciones previstas en los instrumentos internacionales que fueron incorporados a nuestro sistema jurídico con rango superior a las leyes. Allí el Tribunal consideró que las normas internacionales invocadas por el apelante -Convenio 173 de la OIT-, para verificar su crédito laboral con el carácter de privilegiado, establecían expresamente que los créditos adeudados a los trabajadores en razón de su empleo debían quedar protegidos por un caso de insolvencia del deudor y que, desplazaban a las reglas de la ley concursal.

Ahonda en el tema, referido a los créditos laborales, que es la real protección de los mismos, considerando que el asiento de su privilegio especial recae sobre bienes que, en general, no existen al momento de liquidarse las quiebras (mercaderías, materias primas o maquinarias) o que tienen un valor ínfimo. Propone revisar el tema de los “asientos” de los privilegios.

No solo de los laborales, sino de todos; la crisis del sistema de privilegios, también la extiende a las cuestiones referidas a los créditos de los fiscos.

Más allá de cuestionar si el fisco debería o no tener privilegio, señala que el problema en los concursos preventivos es la obligatoriedad de aceptar la pretensión fiscal, y la obligatoriedad de renunciar a los incidentes promovidos o allanarse a los que promueve la AFIP, como condición para el acogimiento al plan de pagos del organismo.

Entiende que se trata de una exigencia que contraría la LCQ, que resulta inconstitucional (hay varios antecedentes jurisprudenciales en tal sentido) y que hasta podría llevar a calificar al fisco como un “acreedor hostil”. Considera que el fisco debería gozar de los mismos privilegios y obligaciones que el resto de los acreedores, y el concursado o fallido debería poder cuestionar su pretensión, siendo el juez quien -en definitiva- decida sobre la procedencia o no del crédito. Y ese crédito reconocido judicialmente es el que debería ser incluido en el plan de pagos.

Por último, apunta al tema de los fideicomisos (tratado en el fallo TBA por la sala D de la Cámara Comercial). Respecto de los fideicomisos se pregunta: ¿Qué privilegio tiene o debería tener? ¿El fideicomiso, debe someterse al concurso o va por fuera de él?

Entiende que el sistema de privilegios está en crisis y que es necesaria una reforma y que es fundamental avanzar sobre las propuestas a los acreedores privilegiados.

Destaca que en virtud del art. 57 de la LCQ se pueden formular propuestas a los acreedores privilegiados, pero que se “choca” con el art. 44 de la LCQ que exige la unanimidad de los acreedores con privilegio especial y se pregunta: ¿Frente a esto, que podemos hacer?

Considera que llegó el momento de plantear una reforma del art. 44 de la ley, y exigir algún tipo de mayoría agravada, pero no unanimidad. O tal vez aplicar el sistema previsto en el art. 52 (2 B) de la LCQ a la hora de computar las mayorías de estos acreedores. De esa forma se podrían formular propuestas a estos acreedores sin quedar atados a la unanimidad del art. 44 de la LCQ, de la que solo se puede salir por la vía del acreedor hostil que, reconoce no es nada fácil de lograr. El tema de las propuestas para los privilegiados es parte del problema de la crisis de los privilegios y con la necesidad de reformas todo el sistema de privilegios.

Retoma al tema de los acreedores laborales, destacando la inexistencia real de un asiento ya que las “3 M” no sirven como asiento de privilegio. Ello sin entrar siquiera a considerar otro tema ríspido vinculado a los trabajadores y los créditos laborales, como es la continuidad de la explotación y las cooperativas de trabajo.

Señala que la realidad de las empresas, el comercio y la economía actual es muy distinta que la de hace 25 años (ley 24.522) o 50 años (ley 19.551). Los activos más valiosos de las empresas en la actualidad no son los mismos que hace décadas, y no son asiento de ningún privilegio. Cuestiones como las marcas, patentes, aplicaciones, programas o sistemas informáticos, etc. son tal vez los bienes más valiosos de las empresas hoy en día, pero son invisibles para el sistema de privilegios.

Considera que ha llegado el momento de revisar en su totalidad el sistema, quitarles privilegio a ciertos acreedores que no lo “merecen” y otorgar a quienes realmente se debe proteger con un

asiento real de su privilegio. Así garantizar realmente que el privilegio sirva en el caso concreto. Y evitar también abusos por parte de algunos acreedores.

Advierte que podría haber acreedores hipotecarios o prendarios que no pueden ejecutar el bien -no solo por casos como los dos fallos mencionados anteriormente, sino también por seresos bienes imprescindibles para la continuidad de la explotación-, y con fiscos que exigen más allá de lo que el juez les reconoce.

Señala que el tema de los privilegios, tiene un problema no resuelto, que fue justamente lo que se planteaba en los fallos de la Corte Suprema mencionados anteriormente, como es el tema de los acreedores involuntarios denominación que reconoce cuestionada por ciertas posturas doctrinarias que incluso cuestionan hasta su existencia.

Estos acreedores son quirografarios o super privilegiados (siguiendo la línea de Institutos Médicos Antártida) cuando son, además de involuntarios, vulnerables.

Aclara que no plantea que estos acreedores no deban cobrar o que tengan que ir “a la cola” con los quirografarios y que humanamente la solución dada por la Corte es muy lógica, es un caso escandaloso y que insulta a la justicia: ¡casi 30 años para que le reconozcan su derecho y pueda cobrar! Sino que es necesario dar una solución legislativa al problema y que cada caso no dependa de como se compone la Corte o si alguno de sus jueces se excusa o es recusado. La seguridad jurídica, y la sociedad toda, merece que esa solución sea brindada.

La demora ocurrida en ese caso, no es un problema o un error de una o varias personas, que pueden cometer errores, sino que es un problema sistémico. Lo que ha fallado es el sistema judicial, que no ha dado una respuesta en un tiempo razonable a quien la necesitaba. El sistema es el que no da las respuestas a casos graves y extremos.

Aclara que no es cuestión de dos o tres fallos, sino que lo preocupante es que se generalicen y se rompa definitivamente el sistema de privilegios de la LCQ, para evitar esto, sugiere encarar el problema e intentar encontrarle una solución, por la vía legislativa. Considera que todos deben tener claro cual es la solución al tema y como debe ser aplicada al caso concreto.

Formula las siguientes preguntas: ¿sacar del concurso a los vulnerables?, ¿reconocerles un privilegio sobre bienes que hoy no son asiento de ningún privilegio?, ¿O al menos, darle al juez la expresa facultad de reconocer privilegios en estos casos, sin necesidad de “romper” el sistema?

Considera que es un equilibrio complicado: porque por un lado es necesario darles una solución a estos acreedores vulnerables, pero por otro lado no conviene “romper” definitivamente el sistema de privilegios ni encarecer el crédito (ante la inseguridad para los otros acreedores respecto si podrán o no cobrar). Sugiere que el sistema puede y debe mejorarse, brindando seguridad jurídica a todos los involucrados y soluciones -dentro de lo posible ante la escasez de la quiebra- en los casos concretos, pero a través de reglas claras.

Propone solucionar este tema, recién después analizar ver que propuesta se les hace a los acreedores privilegiados.

A continuación, **la Dra. Ana Amaya** propuso efectuar el análisis a partir del art. 57 LCyQ y la jurisprudencia dictada en, torno a tres aspectos: referido a la competencia, a la subsistencia de la acción individual una vez concluido el concurso, analizando la oponibilidad del acuerdo celebrado con los acreedores privilegiados a aquellos que verificaron con posterioridad.

También incluyó la cuestión de aquellos acreedores que, sin contar con un privilegio expresamente contemplado en la norma vigente, finalmente tienen ese tratamiento por la aplicación de Tratados Internacionales de Derechos Humanos destacando que considera que correspondía la declaración de inconstitucionalidad del art. 239 LCyQ apartándose del régimen de privilegios hoy vigente.

Con relación a la subsistencia de la acción individual y la competencia para plantearla señaló que los acreedores privilegiados son ajenos al concurso, salvo que existe una propuesta para los mismos. ¿Si aquellos con sentencia verificatoria tienen título de ejecución, el que no verificó o no participó del acuerdo, concluido el concurso tiene extinguida la acción individual? Cita jurisprudencia, la mayoritaria a favor de considerar que los créditos solo se extinguen por las causales previstas en la ley por lo cual los acreedores podían recuperar la acción individual. Por otro lado, en virtud del art. 56 de la norma legal vigente prevé un plazo para ejercer el derecho precisando que en tanto no esté prescripta, el concurso no esté concluido vencidos los plazos quedarían vencidas las acciones del acreedor. Citó el fallo de la CSJN “Ayala Héctor c/ Microómnibus Norte” que resolvió una cuestión de competencia entre el Juez laboral y el comercial. La sentencia de Corte resolvió que debía ejecutar su acreencia ante el juez laboral en razón de la naturaleza del crédito (art 57 LCQ), Habiendo obtenido sentencia favorable en sede laboral había cumplido con el requisito de verificar su crédito.

Otra cuestión no resuelta por la doctrina es respecto a la sede en que debe promoverse la acción, algunos sostienen que es ante el juez del concurso otros consideran que no habiendo propuesta para laborales es una forma de aceptación del pago integral, por lo que el Juez laboral estaría habilitado para ejecutar el crédito en cuestión. Esta postura es la que la Dra. Amaya considera más apropiada aclarando que solo respecto del crédito privilegiado especial, ya que respecto del general o quirografario solo lo pueden invocar ante el juez del concurso.

Respecto de la oponibilidad del acuerdo en relación al acreedor privilegiado que no se presentó a verificar, mencionó dos antecedentes, Sala E en “Electromac S.A. s/ Concurso, Incidente de pronto pago por Juan Albertelli” que resolvió la inoponibilidad en virtud del conocimiento que el deudor tenía de la existencia de este juicio y a pesar de haber obtenido acuerdo con los acreedores laborales por unanimidad, este tenía particularidades. En el caso “Fundación Educar s/ concurso Preventivo”, la Fiscal de Cámara reconoció un privilegio basándose en tratados internacionales de Derechos Humanos y declaró inoponible el acuerdo arribado con los acreedores privilegiados.

Otro tema abordado fue el de los fideicomisos de garantía y la creación de privilegios, señalando que, si bien se trata de un patrimonio de afectación y por lo tanto exento de la acción colectiva de acreedores del fiduciario, fiduciante salvo acciones de fraude y de ineficacia concursal. Se preguntó: en caso de crédito garantizado frente al concurso preventivo del fiduciante: 1) Debe verificar?, 2) Con qué graduación? 3) Puede ser alcanzado por los efectos de la novación?

Se inclinó por la postura de que se trata de créditos que deben verificar y que son quirografarios fundamentando la misma en que el fideicomiso es un vehículo para garantizar el crédito favorecido, entonces si el crédito no existiera el fideicomiso no existiría en tanto garantía que es accesoria de un crédito principal para cuya seguridad se ha constituido

Consideró que si los bienes salieron del patrimonio del fiduciante deben volver a él si el crédito fuera rechazado por el juez concursal, por lo tanto, el crédito **debe ser verificado**, ya que solo ese juez es quien puede decir si un crédito existe o no en contra del concursado y si la verificación se rechaza el fideicomiso cae.

Señala que la doctrina está dividida: el Dr. Héctor Alegría admite la verificación y entiende que el crédito tiene que ser reconocido como privilegio especial y por lo tanto el beneficiario no vota y no se le aplica el acuerdo. Mientras que otros como la Dra. Julia Villanueva entienden que el acreedor garantizado debe verificar y se le debe asignar carácter de quirografario, conclusión a la que se arriba ya que los privilegios solo resultan de la ley.

Según la posición, que se adopte, aquél cobrará conforme las pautas del acuerdo y respecto del saldo insoluto debido a que su crédito fue novado, podrá cobrar sobre el patrimonio fideicomitido, ya que se lo considerará como si fuese el fiador del art. 55 de la LCQ. que responde en un 100%.

Finalmente, el Dr. Pablo Heredia entiende que no debe verificar y que cuenta con un derecho de cobro preferente y si existe un saldo, debe ser restituido al concurso, debiendo el concursado denunciar la existencia del crédito (arg. CNCom. Sala D "Trenes de Bs. As. s/concurso preventivo" del 09.09.2008).

Se refirió por último a la Situación de los acreedores involuntarios, especialmente los vulnerables y declaración de inconstitucionalidad del art. 239 fallos de la CSJN.

Expuso que la CSJN ha sostenido que las leyes deben ser interpretadas considerando armónicamente la totalidad del ordenamiento jurídico, la CIDH declaró que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un control de convencionalidad entre las normas internas y los tratados internacionales.

Menciona que el art. 1 del CCCN. Dispone que los casos deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte.

Como derivación de lo expuesto, los privilegios de la Ley 24.522 deben ser integrados con las disposiciones previstas en los tratados internacionales de rango superior, no hacerlo importaría desconocer las normas anteriormente expuestas.

A continuación, el **Dr. Belmaña** se refirió a los acreedores involuntarios y el régimen de privilegios en la legislación concursal.

En primer lugar, enunció los Principios del proceso concursal: A Universalidad, B Unicidad, C Oficiosidad, D Protección del crédito, E Igualdad de trato de los acreedores *pars conditio creditorum*, F Conservación de la Empresa

Se refirió al régimen de los privilegios citando al Dr. Adolfo Rouillón "El régimen de los privilegios" (Rouillón, Adolfo A.N. "Régimen de Concursos y Quiebras. Ley 24.522", 17 Edición, Editorial Astrea, año 2015, pág. 381)

A. Concepto: art. 2753 del CCCN, "*la calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia a otro*". Destacó que la legislación civil es sólo aplicable en situaciones de concurrencia de acreedores en procesos de ejecución individual de ciertos bienes del deudor, consideró que puede ocurrir que los bienes a ejecutar sean insuficientes para cubrir los créditos de todos los acreedores que pretendan cobrarse sobre el producto de la venta de los mismos bienes.

B. En materia concursal el privilegio es un derecho que la ley establece en favor de determinados créditos para ser pagados antes que otros. Esta preferencia puede traducirse en una escala o ranking de los créditos (arts. 241 y s/tes. Ley de Concursos y Quiebras, en adelante LCQ), o una prioridad de índole temporal (arts. 16, 183 –segundo párrafo–, 209 y 240 de la LCQ).

Respecto de los Principios generales en materia de privilegios, también citando al Dr. Rouillón señaló y explicó acerca de los mismos: A Autosuficiencia, B Legalidad, C Interpretación estricta, D Conservación, E Limitados al capital, F Indivisibles en cuanto al asiento y el crédito (art 2576 CCCN), G Renunciabilidad con excepción de privilegio laboral.

Mencionó las Categorías de privilegios:

Gastos del concurso: art. 240 de la LCQ causados en la conservación, administración y liquidación de los bienes del concursado y en el trámite del concurso son pagados con preferencia salvo los privilegios especiales. No requieren verificación, pueden ser pagados cuando resulten exigibles, no están alcanzados por la suspensión de intereses. En caso de insuficiencia cobran a prorrata.

Privilegios especiales: Son aquellos que se ejercen sobre determinados bienes en particular, Tienen la prelación que resulta del orden de sus incisos salvo los previstos en los incisos 4 y 6 del art. 241 de LCQ y el crédito de quien ejercía el derecho de retención.

Privilegios generales: son los que ejercen su preferencia sobre el producto de la liquidación del total del activo falencial, luego de satisfechos los privilegios especiales (art. 246 de la LCQ). Se extienden a la mitad del producto líquido de los bienes:

Créditos quirografarios o comunes (art. 248 de la LCQ).

Desarrolló la problemática en torno a los acreedores involuntarios, extracontractuales o titulares de créditos de reparación urgente.

Distinguió dos clases: a) voluntarios con vínculo contractual con el deudor, y b) involuntarios: Se trata de acreedores ligados con el deudor como consecuencia de una necesidad propia, cita a *M. Barreiro y E.D. Truffat (Parrellada)*

Se preguntó si ¿Es posible reconocer a ciertos acreedores preferencias en cuanto a la oportunidad o posibilidad de cobro de créditos en el concurso, en caso de supuestos no contemplados en el régimen previsto por los arts. 239 y sgtes. de la LCQ?

- Si. Toda vez que el rango constitucional que poseen ciertos créditos (salud, niñez, ancianidad).
- No. Dado que el régimen de privilegios previsto en la legislación concursal es de orden público y los privilegios son de origen legal e interpretación estricta (arts. 239 y sgtes. de la LCQ).

Analizó el tópico de los acreedores involuntarios, extracontractuales o titulares de créditos de reparación urgente. Derecho comparado citando como fuente un trabajo de la Dra. Silvana Chiappero.

En el Derecho anglosajón: *adjusting creditors* acreedores que tuvieron la oportunidad de evaluar el riesgo de la insolvencia en los negocios *non adjusting creditors* acreedores que no tuvieron la oportunidad de evaluar el riesgo de la insolvencia en los negocios.

Destacó: a) daños producidos por la continuación de la actividad del concursado, b) acreedores cuyos créditos deriven de daños personales o muertes causados por el funcionamiento de un vehículo a motor o buque con funcionamiento ilícito por encontrarse el deudor bajo los efectos del alcohol o drogas. c) deudas causadas por malicia o intencionalidad del deudor

Según el Derecho alemán: *exoneración de la deuda residual*, si bien establece la posibilidad de que la persona pueda reiniciar su actividad sin lastre reconoce excepciones para el caso de los créditos involuntarios.

En el Derecho Italiano: créditos exceptuados de la liberación de las deudas: a) créditos alimentarios y b) deudas por resarcimiento de daños derivados de ilícitos contractuales, sanciones penales, etc. Y en el Derecho español: privilegio general para acreencias derivadas de un régimen de responsabilidad civil extracontractual. Prelación: créditos extracontractuales nacidos con posterioridad a la declaración en concurso, son tratados como créditos del concurso cuando han surgido de la continuación de la actividad profesional o empresarial del concursado y créditos extracontractuales nacidos con anterioridad a la declaración en concurso: 1) Daños personales no asegurados; 2) Daños personales asegurados y 3) Daños materiales.

Citó jurisprudencia nacional: “Gonzales Feliciano c/Microómnibus General San Martín SAC” Tribunal: Cámara 1 de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, Sala I.

Analizó los fallos de Corte de “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/quiebra s/incidente de verificación de crédito por LAR y otros” Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación, fecha: 6 de noviembre de 2018. En primera instancia se declara la inconstitucionalidad de los arts. 239 párrafo 1, 241, 242 parte general y 243 parte general e inciso 2 y otorga al crédito correspondiente a MBL un crédito con privilegio especial prioritario de cualquier otro privilegio. 2° Instancia: revoca la resolución y deja sin efecto el privilegio otorgado y lo reconoce como quirografario y deja sin efecto el pronto pago dispuesto por el Juez. CSJN: confirma la resolución de 2° Instancia (por mayoría).

Destacó que distinta fue la resolución en “Institutos Médicos Antártida s/quiebra s/incidente de verificación (RAF y LRH de F)” en donde CSJN revoca la resolución de la Cámara que había revocado la declaración de inconstitucionalidad del art. 239, 241, 242 y 243 en las partes pertinentes otorgando un privilegio especial prioritario.

## II. CONCLUSIONES

- El actual régimen legal no permite asignar una preferencia tanto respecto de la oportunidad como cuantía del cobro en un proceso concursal, al titular de un crédito que no reviste alguno de los privilegios establecidos en la LCQ

- La doctrina de la CSJN, en el antecedente Institutos Médicos Antártida sido conformada en base a una mayoría en la cual no intervienen todos sus integrantes naturales, mientras que en el caso Asociación Francesa Filantrópica fue con su natural composición. La declaración de inconstitucionalidad es para el caso.

- De la aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos, en resultan obligatorios en función de lo normado por el art. 75 inc. 22 de la CN, no se deriva de manera automática ni clara la posibilidad de crear un orden de prelación diferente a los fines del momento y la percepción del crédito al consagrado en la LCQ.

- La posibilidad de incorporar a través de una reforma legislativa un privilegio que contemple las situaciones de los créditos de reparación urgente resulta viable. Debemos tomar nota acerca de acelerar los plazos procesales tanto respecto de la verificación como de la liquidación a los fines de hacer efectivo el cobro de los créditos.

- En el concurso preventivo, al momento de categorizar se debiera contemplar la posibilidad de encasillar estos créditos en una categoría específica.

- En la quiebra, tal vez podría plantearse la posibilidad de no liberar al deudor del pago de estas obligaciones como en el derecho comparado.

**EL DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS. RELACIONES ENTRE EL DERECHO CONCURSAL Y EL SOCIETARIO**

**Efraín Hugo RICHARD**

Exposición oral de Efraín Hugo RICHARD en el panel “Relaciones del derecho concursal con otras disciplinas” junto a Ángel Luis MOIA y Osvaldo Chomer, en las Jornadas Preparatoria del Congreso de Bahía Blanca en la Universidad Nacional del Litoral, 14, 15 y 16 de abril de 2021, Coordinadora: María Eugenia Basualdo.

*"Gracias Maria Eugenia, y también a María Cristina De Césarís y Daniel Alonso Directores de estas Jornadas, que me traen a la Universidad de origen en 1955 y en 1967 cuando me doctoré y me entregó el título Ricardo Prono, cuya disertación y conclusiones comparto en que se llega tarde al proceso concursal, y ello es, en cuanto a sociedades, porque no se usan los recursos de la Ley General de Sociedades, que es a lo que me dedicaré en estos pocos minutos. Advierto que la palabra sociedad no se pronunció en ninguna de las 4 anteriores exposiciones, empresa, empresario, conjunto económico, y por Barreiro "ley de sociedades" para referirse a las reuniones virtuales de órganos. ¿Curioso no?*

*Trabajaré en un escenario práctico para reflejar el sistema jurídico de las sociedades en concurso, partiendo del vínculo de las legislaciones y sus objetivos: básicamente la conservación de la empresa, no necesariamente de la sociedad ni de sus socios, o el grado de su participación, para generar dudas, interrogantes y ponencias... Conservación inmediata por la ley societaria y mediata por la ley concursal, como sostuvimos con Quintana Ferreyra hace medio siglo.*

*Fijado el objetivo, el método debe ser eficiente, y en el caso devolver la viabilidad de la actividad, eliminando la cesación de pagos o la crisis cualquiera sea el estado.*

*Si bien puede haber diferencias funcionales conforme su tipo, centraré mis referencias al tipo más complejo o sea S.A., que permite incluir las SAS y la relatividad de la limitación de responsabilidad ante acciones u omisiones dañosas.*

*1. Una sociedad puede concursarse desde que se constituyó y aún en liquidación.*

*Su funcionalidad, prevista en la ley –de sociedades, cooperativas, etc.- o en su estatuto no se altera. El concurso le exigirá cumplir con los requerimientos de presentación para obtener el escudo protector de no agresión y devolución de su funcionalidad, cuenta corriente, servicios, etc. -conforme la primera recomendación del IIDC-, receptor trámites de pronto pago, informes pedidos por juez o sindicatura o comité de control. Intervenir en la verificación, gestar un comité y presentar la propuesta.*

*2. La propuesta debe devenir de la voluntad del órgano de gobierno, pues los socios pueden ser despojados en caso de fracaso por el método fijado en el art. 48 LCQ o ver afectada su derecho a la cuota de liquidación en caso de quiebra. Eventualmente podría forjarse en la asamblea de ratificación y delegarse... No se trata de una mera resolución de administración, y cubre además la posibilidad de que el órgano de administración esté intervenido.*

*3. La quiebra no afecta la permanencia de los órganos societarios, que pueden disponer recursos, avenimientos, la promoción de acciones de responsabilidad o la recuperación conforme prevé el art. 100 LGS en su nueva formulación acreditando la viabilidad, y también la participación en procesos*

art. 48 LCQ. Pero podría coadyuvar a la liquidación recomendando o iniciando acciones de integración que no se autorizaran al Síndico, cuestionando la fecha de cesación de pagos, controlando las autorizaciones para promover acciones...

4. Me pregunto, generando dudas ¿Que norma de conexión existe para interpretar aspectos de ambas legislaciones? Parecería ser el art. 150 CCC la ley especial –LGS, cooperativas, de economía mixta, asociaciones, etc. y “en su defecto” –destaco la locución” las normas imperativas del CCC.

5. Que normas imperativas hay en la LGS? El art. 1° sin duda que tipifica el negocio. La Comisión presidida por Jopp Winter señalaba congruentemente que ante la crisis de Personas Humanas el riesgo era de los acreedores, pero en el caso de sociedades era de los socios.

Son imperativas las normas tendientes a evitar daños, como las causales de disolución en protección de terceros arts. 94.4. 94.5, -ESTA SUSPENDIDA LA CAUSAL DE PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL, TENGO FUNDADAS OPINIONES ENCONTRADAS-, PERO LA IMPOSIBILIDAD SOBREVINIENTE DE CUMPLIMIENTO DEL OBJETO SOCIAL ES OMNICOMPRESIVA DE CUALQUIER SITUACIÓN PATRIMONIAL, TODAS TIENEN soluciones en las opciones imperativas del art. 96 y si hubiera daño el art. 99 los pone a cargo administradores y “de los socios en su caso”, y para señalarlos, recurramos a la locución del art. 150 CCC “en su defecto” integrando con el art. 167 in fine...”EN caso de infracción responde ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto”. O sea, a los que obran antijurídicamente, por acción u omisión, el grupo de control, no el mero accionista.

6. La quita es incompatible con esas normas imperativas, enriquece a los socios viola el Art. 1° LGS. El elenco del art. 43 LCQ es MERAMENTE ENUNCIATIVO: para la PERSONA HUMANA constitución de sociedad con sus acreedores, quitas ... para las PJ reorganización de la sociedad, emisión de obligaciones negociables o debentures, emisión de bonos convertibles en acciones, capitalización de créditos ... La quita individual es posible, pero por mayoría imponérsela es incompatible... tengo ejemplos de ese negocio, que el penalista Palacio Laje llama plan de insolvencia... Esto tiene que ser analizado conforme el art. 52.4 LCQ, ¿es una facultad incondicionada del juez o debe sólo ejercerla cuando hay impugnaciones?

Claro que la propuesta podría otorgar, junto a las modalidades legales, una opción voluntaria para no capitalizar de quita o de espera confiscatoria por la inflación. Le dejaría la opción a cada acreedor, pero no se la podría imponer por mayorías sabe sólo Dios como logradas.

En ese juicio de homologación, ¿Que es abusividad, 10 CCC y que es fraude a la ley...12 CCC?. Las resoluciones de homologación suelen referir la abusividad, pero nunca el fraude a la ley societaria. Y deberá tenerse en cuenta la buena fe negocial...

7. Y la previsión de daño o de mitigación de los arts. 1709 y ss. CCC. es posible en el concurso o quiebra?

8. ¿La homologación evita acciones de responsabilidad contra administradores y socios? ¿Elimina la antijuridicidad? Si la respuesta es afirmativa, como señala la doctrina que responsabilidad para el Juez, y más si se condiciona su libertad de homologar o no a que existan impugnaciones.

El dolo no es excusable, y es opinable sostener que la antijuridicidad de lo actuado por administradores y socios desaparece con la homologación... apunto al fallo de la Corte en “Provincia de Chubut c/ Yacimientos Carboníferos Fiscales” de 2002 donde sostuvo que los socios de la demandada para justificar un “leveragge buy out” en su exclusivo beneficio “no estaban habilitados

*para deliberar y decidir cuestiones que atentasen contra el interés y orden públicos y las buenas costumbres (art. 21 cit.), o bien que fueran prohibidos por las leyes (art. 953 cit.). "Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas substanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original" (fallo cit. considerando II, págs. 278, último párrafo y 279), criterio éste que reiteró en Fallos: 314:1048, considerando 6°.*

9. *¿Durante el concurso pueden promoverse acciones de responsabilidad contra administradores y socios? Parecería que sí, aunque no es costumbre. No son sujetos concursados y pueden iniciarse las acciones previstas en la LGS o dentro de la teoría general de la responsabilidad previstas en el CCC si se generó daño. En esa funcionalidad podría removerse al Directorio con acciones de responsabilidad y contra los socios o controlantes conforme el art. 54 LGS en sus dos primeros párrafos, el segundo sobre leveragge buy out, y el tercero de inoponibilidad. También, según el caso, lograrse la intervención judicial, que también podría ser dispuesta por el juez del concurso.*

10. *Hay tanteo o negociación en la formulación de la propuesta? ¿Se negocia? ¿Es lícito? Para asegurar la existencia del Comité de Control, como integrante de la propuesta, resulta obvio que deberá mostrar sus proyectos o plan, y la congruente propuesta, y negociar con ellos su razonabilidad presunta.*

11. *Emilio Beltrán ha sostenido que le legislación societaria es preconcursal o paraconcursal, incluso anticoncursal... Con esto último disintimos pues son compatibles las leyes bien interpretadas, es anti las interpretaciones procesalistas concursales.*

*Pero si la ley societaria trae remedios...QUE PUEDEN EVITAR EL CONCURSO Y BAJAR COSTOS DE TRANSACCIÓN, la Memoria y el año en curso... las causales de disolución, que no implican necesariamente liquidación sino que agravan la responsabilidad, los remedios de capitalización del art. 96 LGS reintegro y capitalización –plan-, incluso evitando el derecho de suscripción preferente en el caso de acreedores art.197.2 LGS, y las múltiples herramientas financieras que hacen compatible la obligación de los socios de soportar las pérdidas, pero las atenúan con la participación de los acreedores, la previsión del art. 1531 CCC, obligaciones negociables con opción... lease back, etc. etc.*

12. *En definitiva ponemos en tela de juicio a ciertas prácticas, hoy aún muy usuales, que significan el aplastamiento de los derechos de los acreedores y zafar la obligación de los socios, incluso enriqueciéndolos, aunque deban pagar el 35% de ganancias, la hemos llamado con Juan Carlos Veiga el Contraderecho, o sea las prácticas contra legem del procesalismo concursalista. Por eso quedan afirmaciones controversiales y preguntas... para ponencias.*

*Claro que hay que destacar que el bien jurídico protegido es la conservación de la empresa, no necesariamente de la sociedad ni de las participaciones de los socios.*

*Y cierro con una pregunta ¿Será aplicable el art. 19 LGS sobre actividad ilícita? Responsabilidad solidaria de todos los administradores y de los socios que no prueben su buena fe, y en caso de cuota de liquidación su transferencia de dominio. Menudo tema...*

-----

Después de la exposición del Prof. Osvaldo Chomer, solicité hacer un comentario:

*"Coincido con las opiniones de Osvaldo Chomer, con quién he tenido el honor de compartir varios paneles sobre temática semejante. Y apunto que en la clasificación que hizo de normas concursales que exigen acciones a las sociedades no hay normas que violen normas imperativas de la ley societaria, y particularmente en el canje de deuda o aumento de capital coincide en que puede asemejarse a la llamada "operación acordeón". Quiero apuntar que Jorge Fushimi –que cuestiona la obligación de reintegrar- sostiene que la misma es sólo realizable a través de la operación acordeón. Personalmente, al igual que Dasso, entiendo que la reintegración resuelta es una obligación de los socios, excluyendo al que no lo haga. Con los recuerdos que hizo Chomer de Dasso y Karsten Schmidt en torno a la integración de los derechos societario y concursal, apunto que a Dasso lo conocí en los 65 y conversamos sobre receso y por tanto de reintegro, y sobre eso es lo único en que coincidimos con el querido amigo con el que dialogamos continuamente, pues él exalta el carácter prioritario de la ley concursal. No así Karsten Schmidt a quién conocí en La Cumbre en el 2000, en el segundo Congreso Iberoamericano de Derecho de la Insolvencia. Schmidt recuerda que en Alemania: "La obligación de convocar a los socios en una situación de crisis, en general también juega un papel en la práctica empresaria. Según la ley la Asamblea General o Asamblea de Socios deberá ser convocada si "lo requiere el bien de la sociedad (art. 121 de la Ley de SA, art. 49 inc. 2 de la Ley de SRL), especialmente si se hubiera consumido el 50% del capital social (art. 92 inc. 1 de la Ley de S.A., art. 49 inc. 3 de la Ley de SRL). Estas obligaciones son de gran importancia en las crisis de las sociedades, porque se trata de posibilidades de saneamiento". Antes y en orden a la lealtad y diligencia si incumplen "la diligencia de un Gerente ordenado y consciente y provocan un perjuicio a la sociedad", pero se enseña que ello es interpretado conforme la "Business Judgment Rule": "No existe una violación de deberes, si el Director en una decisión empresaria pudo suponer sin negligencia grave, que actuó en base a una información razonable para el bien de la sociedad". Obviamente ante la constatación en el balance de la pérdida del capital social la acción en Alemania como en el derecho comparado se corresponde a lo que dispongan las normas societarias imperativamente: normalmente recapitalización o liquidación so pena de responsabilidad ex post. Es lo que el autor que citamos señala como "Responsabilidad por retraso de insolvencia... Si una sociedad de capital está sobreendeudada o entra en cesación de pagos, el Directorio o los Gerentes deberán solicitar la apertura del procedimiento de insolvencia si no lograran un saneamiento dentro de las tres semanas subsiguientes.... Además, los acreedores podrán exigir del Directorio o de los Gerentes una indemnización por daños y perjuicios...Las dificultades en el ejercicio del derecho parecían inmensas...Cierta día los síndicos concursales descubrieron normas que habían quedado a oscuras durante 100 años. Según estas disposiciones en el Derecho de Sociedades Anónimas y SRL el Directorio o los Gerentes deberán realizar a la masa cada uno de los pagos que hubiera efectuado en forma culposa después de manifestarse el sobreendeudamiento". Spolidoro sostiene, comentando una tesis alemana, que el derecho societario y el derecho falimentar se influyen mutuamente, bajo las reglas del "corporate government", imponiendo ante la pérdida total o parcial del capital social la convocatoria a asamblea, configurando el "leitmotiv" de la "profilaxis de la insolvencia" el asegurar la estabilidad de la empresa, adoptando las medidas de saneamiento.*

*Obviamente ante la constatación en el balance de la pérdida del capital social la acción en Alemania como en el derecho comparado se corresponde a lo que dispongan las normas societarias imperativamente: normalmente recapitalización o liquidación so pena de responsabilidad ex post.*

*Ante una pregunta sobre ¿cómo se compatibilizan los arts. 54, 59 LGS y 144 CCC con el proceso concursal de una sociedad? Siguiendo el planteo del Dr. MOIA se puede pensar en un diálogo de fuentes. Todo esto por lo que mencionó el art. 150 CCC", respondí: Sin duda debe generarse ese diálogo de fuentes, que es impuesto en el caso por las prioridades generadas por el art. 150 CCC. El*

*art. 54 LGS en sus párrafos primero y segundo autoriza y prevé acciones por daños causados por los socios, el segundo por leverage buyout, y el 59 LGS contra los administradores, totalmente compatibles de desarrollar en un concurso, o en una quiebra, no hay norma alguna que lo impida, y si bien esto no es común por la forma como se prepara la presentación en concursos –plan de insolvencia al decir del penalista Carlos Palacio Laje- bien puede darse en el caso de que existan dos grupos de accionistas, y el minoritario bien puede exigir la realización de una asamblea para promover acciones de responsabilidad, las que aún en la negativa quedarán expeditas para incoar esas acciones, que también podrán desarrollar terceros. Y la del 144 CCC coincide con el tercer párrafo del art. 54, perfilando una acción de imputabilidad o responsabilidad. Me hace acordar a la opinión de juristas norteamericanos que sostienen que el descorrimiento del velo no es sino una acción de responsabilidad dentro de las relaciones de organización.*

*Los riesgos de los acreedores los señala la querida Alicia Pereyra, pese a la afirmación de Hopp Winter, y no puedo sino contestarle que lo indicado de ese informa era en cuanto al riesgo final o mayor, porque los acreedores sufren un daño inmediato cuando no se les paga en término, incluso poniéndolos en cesación de pagos por falta de activo corriente. Pero eso no implica que deban soportar las pérdidas, pues a lo más que se les puede pedir es que compartan el esfuerzo capitalizando su acreencia para correr el riesgo común del éxito de la actividad societaria de una sociedad tornada viable y eficiente.*

*Y en aclaro, por algo que deslizo María Eugenia, que también soy rosarino, nacido en 1933, luego en el 45 partí a Salta, en el 49 a Rafaela –hoy centro de esta Jornada al igual que Santa Fe-, y en el 53 a Córdoba, luego al recibirme en junio de 1955 ejercí la Escribanía junto a un tío en Rosario, para radicarme definitivamente en Córdoba al final de ese año. Una vida de gitano llena de afecto con mi familia, como hijo único...Por eso soy tan malcriado, y todos ustedes me miman, muchas gracias".*

**LA EMPRESA FAMILIAR Y LA QUIEBRA<sup>106</sup>****Lucía SPAGNOLO****Expositores: Sixto J. SONZINI ATUDILLO, Marcelo VILLOLDO y José BOTTERI****Coordinadora: Lucía SPAGNOLO****I. INTRODUCCIÓN Y PRESENTACIÓN**

Luego de la apertura efectuada por los **Dres. Hugo E. Richard, y Daniel Truffat**, la **Dra. Lucía Spagnolo**, tomó la palabra en su carácter de coordinadora, realizando preguntas disparadoras, tales como ¿Es necesaria la incorporación de funcionarxs, designadxs tanto en el ámbito del concurso preventivo, como en la quiebra, a los fines de resolver conflictos en la empresa familiar ante el estado de cesación de pagos?

**II.- Dr. Sixto J. Sonzini Astudillo.**

En primer término, expuso al respecto, el **Dr. Sixto J. Sonzini Astudillo**, quien trató fundamentalmente la mediación en el proceso concursal, ante conflictos de los integrantes de la empresa familiar, y la negociación, necesaria, a los fines de poder desandar la crisis interna de la empresa familiar.

En tal sentido, entre otros dijo:

“Ya es casi un lugar común sostener que las empresas de familia constituyen una realidad con matices puntuales que la diferencian del hecho fáctico de la empresa en general. Dichos caracteres complementan el fenómeno y lo hacen merecedor de un abordaje negocial (que ya se está dando) y normativo (en vías doctrinarias de génesis) particularizado a la luz de sus especificaciones.

En las fortalezas de la empresa de familia radican, también, sus pies de barro. El conocimiento recíproco de sus integrantes permite un mejor desenvolvimiento de la dinámica empresarial. Pero, a su vez, potencia la influencia de aspectos personales que pudieran existir entre ellos, originados, precisamente, en desavenencias ajenas al negocio.

Resulta fundamental, en el marco de la empresa familiar, la aplicación de puntales de asesoramiento no sólo de orden jurídico y contable, sino también vinculados a la mediación como género y a su especie, la negociación, en un adecuado marco profesional”.

**III.** Luego, la **Dra. Spagnolo**, previo a la exposición del Dr. Juan Marcelo Villoldo, estableció e indagó, respecto a la mirada de los funcionarios sindicales ante la presentación en concurso preventivo, o un proceso falencial, en relación a que si debía o no el funcionario tener una mirada distinta al tratar la cesación de pagos de la empresa familiar.

**Dr. J. Marcelo Villoldo**, dijo que no existe un régimen protector de las empresas de familia. Debería regularse su insolvencia.

Tan es así que el llamado “interés concursal” (conservación de la unidad productiva y de la fuente de trabajo, protección del crédito, interés general), no abarcaría el “interés familiar”. Pareciera que

---

<sup>106</sup> Síntesis del conversatorio organizado por el Instituto de Derecho Comercial de la Universidad de Córdoba y el ARCA, 7.04.2021.

el Juez concursal, debería considerar dicho interés sumado a los que le manda a tener en cuenta el art. 16 LCQ *in fine*.

¿Qué normas regulan los conflictos familiares en el marco de un proceso concursal?

Art. 45: además de la prohibición expresa de los parientes que enumera la norma, pretorianamente se ha ampliado el elenco por vía extensiva, como el caso de los concubinos<sup>1</sup>. Sin embargo, la extensión no puede llevar a excluir a sujetos que la ley no contempla, como el caso de los parientes del accionista no controlante –quien no se encuentra excluido del cómputo de las mayorías–, cualquiera sea el grado.

En cambio, si bien la exclusión no alcanza a los parientes del accionista controlante, los mismos deberían ser agrupados separadamente.

Es importante el rol del síndico en las empresas familiares, ya que en muchos casos deberá construirse el árbol familiar para analizar, en el caso, la procedencia o no de la inclusión de un crédito en el cómputo de las mayorías. Un caso particular se planteó en el concurso de una sociedad en el que una entidad bancaria había verificado su crédito, resultando garante la esposa del presidente del directorio. El garante canceló dicho crédito, provocando una sustitución de personas, resultando excluido el cesionario del cómputo de las mayorías.

El conflicto familiar puede afectar el trámite del concurso, como ocurrió en un caso donde se presentó en concurso una persona humana y su madrastra se presentó a verificar el crédito, siendo declarado inadmisibles y admitiéndose únicamente los créditos de los abogados que patrocinaron a la concursada en diversos procesos seguidos con su madrastra. La jueza suspendió el trámite hasta tanto se resolviera el incidente de revisión, siendo dicha decisión apelada y revocada por la alzada (caso Seidner Hanna).

En otro supuesto, se verificó el parentesco entre el controlante del acreedor y el administrador de la concursada. Esta situación particular se planteó en el caso “OSMATA”, en el cual se excluyó en primera instancia el “voto” de un acreedor persona jurídica por cuanto quienes detentaban el control de aquella eran las hijas del representante legal de la concursada, por existir especiales vínculos contractuales entre el acreedor con la concursada, a punto tal que el objeto social del acreedor sólo se había desarrollado en forma exclusiva o principal con la concursada, de lo que podría derivarse una relación de control externo en los términos del art. 33, inc. 2 LSC. La exclusión se determinó previo corrimiento del velo de la personalidad jurídica del acreedor verificado en el concurso.

El tribunal de alzada revocó el fallo con argumentos referidos a lo prematuro de la decisión, sosteniendo que la oportunidad en que el magistrado debió analizar la situación debía ser al momento de la homologación y en el hecho que las hijas del representante de la concursada ya no resultaban las controlantes del acreedor excluido.

En este caso, también debió por lo menos categorizarse por separado estos créditos.

Sobre este tema, la doctrina destaca que la LCQ no impone la categorización especial de los acreedores familiares (sean o no accionistas de la empresa familiar), más allá de que en muchos casos la doble condición de ser acreedor y familiar podría justificar el tratamiento diferenciado que impone la categorización. A ello se le suma que la ley no prioriza ni subordina el crédito de los familiares (Carlos Molina Sandoval).

Art. 21: Se excluyen del fuero de atracción los procesos que se funden en las relaciones de familia, en los que tampoco intervendrá el síndico en su rol de “parte necesaria”.

Art. 81: prohíbe al cónyuge, ascendientes y descendientes del deudor, pedirle la quiebra. Esta norma protege a una empresa familiar unipersonal. Sin embargo, nada dice respecto a una sociedad familiar.

En un caso, el hijo del presidente de la sociedad familiar, empleado de ésta, promovió juicio laboral contra la sociedad y una vez obtenido una condena contra la misma, le pidió la quiebra. La actividad fue continuada por la cooperativa de trabajo. La sociedad se encontraba integrada por el matrimonio. El conflicto con uno de los hijos motivó una crisis interna y luego la insolvencia de la sociedad, agravada por el fallecimiento del fundador, el padre de familia (caso Bellina).

En la doctrina, un sector considera inconstitucional dicha norma respecto de los descendientes por deuda de alimentos, considerando que dicha deuda puede ser ejecutada, se puede denunciar penalmente a su deudor, pero no se puede pedir la quiebra (Carlos Ribera).

Por otra parte, la doctrina considera que esta prohibición también se aplica respecto de una sociedad con socios con responsabilidad ilimitada (art. 160, LCQ), no pudiendo pedirlo el cónyuge, los ascendientes o descendientes de cualquiera de los socios, puesto que —de lo contrario— por una vía elíptica estarían transgrediendo lo dispuesto por dicha norma. Con respecto a la imposibilidad de pedir la quiebra a los socios con responsabilidad ilimitada, sería conveniente —de lege ferenda— extenderla a todos los supuestos de empresas familiares (Pablo Heredia).

Tareas de investigación que puede hacer el síndico:

- Recabar información del juicio societario o de la intervención dispuesta en el marco del concurso preventivo (caso Fabricaciones Textiles Argentinas).
- Citar a dar explicaciones a parientes (conf. art. 275 – inc. 3 LCQ). El parentesco suele ser un indicio del conocimiento de la cesación de pagos.
- Averiguar titularidades del inmueble donde la sociedad familiar desarrolla la actividad comercial, pudiendo averiguar, por ejemplo, si los accionistas de la sociedad titular del inmueble, son parientes de los integrantes de la sociedad fallida. En un caso, la sociedad dueña del inmueble estaba integrada por las accionistas hijas y hermanas del presidente y director de la sociedad concursada respectivamente (caso Fabricaciones Textiles Argentinas).

El síndico debe tener en cuenta el “interés familiar” de una empresa de familia, ya que podría tener que administrar la misma, sea en una continuación de la explotación de la empresa fallida, como así también durante el salvataje para el caso que se hayan concursado los miembros de la familia como garantes de la sociedad y no hayan obtenido las mayorías, decretándose la quiebra de las personas humanas y abriéndose el salvataje de la sociedad (caso Bolsafilm).

¿Frente a la quiebra, el síndico debe velar por los intereses de los acreedores por sobre los intereses de la familia? Pareciera que la ley concursal no le da margen para introducir cuestiones no contempladas en la misma, encontrándose la tarea del síndico regida por la vara de los arts. 217 y 252 LCQ, en cuanto al tiempo en que debe vender los activos para atender los créditos de los acreedores y la ausencia de legitimación de los acreedores —incluyendo a los miembros de la familia, a realizar peticiones, salvo que se trate de una denuncia por su actuación.

Sin embargo, una integración de todo el régimen normativo, debería alertar al Juez las consecuencias que la quiebra puede traer no solo sobre la familia, sino también sobre los terceros afectados como los empleados, clientes y el propio Estado. En un conflicto societario, donde la sociedad era titular de varios inmuebles y tenía una deuda importante con la AFIP, frente a la propuesta del Fisco de vender un inmueble para cancelar toda la deuda, la respuesta fue: “la palabra

venta no está en el vocabulario de la familia...” (caso Lelie). Basta con este ejemplo para imaginar lo que representaría la quiebra de la empresa familiar.

¿Cuál es la mirada del Juez concursal respecto de las cuestiones familiares? Deberá tener en cuenta la conveniencia del interés familiar respecto de los actos que se realicen durante el trámite del juicio universal. Ello sin dejar de mirar el interés de los acreedores y del crédito en su versión original de la Ley 24.522 y el de los trabajadores, como resultado de las posteriores reformas, ya que podrá darse el caso que una empresa familiar en quiebra, sea continuada por la cooperativa de trabajo conformada por sus trabajadores (caso Bellina).

Y en esa mirada deberá tener en cuenta la novedad introducida por el art. 717 CCyCN, en cuanto le otorga competencia al Juez del concurso o la quiebra de uno de los cónyuges, en la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio. Esa competencia puede darse respecto de una acción iniciada antes de la quiebra o como consecuencia de esta, esto último teniendo en cuenta lo siguiente:

- La quiebra de uno de los cónyuges habilita al cónyuge *in bonis* a solicitar la separación judicial de bienes (conf. arts. 475 – inc. d) y 477 CCivCom).
- Esta acción podría ser considerada como una “preferencia excluyente”, por los activos que podrán salir del activo falencial (Kemelmajer de Carlucci).
- El síndico no se encuentra legitimado para contestar demanda ni tampoco presentarse en el juicio (conf. art. 21 LCQ). Será el fallido quien tendrá que contestar demanda, no solo por tratarse de una acción de carácter familiar, siendo su interés eventualmente la no exclusión de ningún activo, en función de la vocación al saldo (conf. art. 228 LCQ).

Una última cuestión a destacar es la muerte del empresario y la dinámica de la familia en la sucesión frente a la insolvencia del patrimonio familiar. Ello teniendo en cuenta que el art. 8 LCQ exige unanimidad de los herederos para poder solicitar el concurso o la quiebra del patrimonio mientras se mantenga la separación patrimonial. En este caso, sería aplicable la prohibición del art. 81 LCQ cuando el pedido no se funda en su condición de heredero, ¿sino de acreedor? La doctrina considera que no se aplica dicha norma al caso de la quiebra del patrimonio del fallecido, ya que en esa instancia póstuma no cabe considerar que está en juego la defensa del orden público familiar (Pablo Heredia)

#### **IV. Dr. José Botteri**

Se interrogó, a las posibles salidas positivas de conclusión de la quiebra de la empresa familiar, y la necesaria valoración de las características especiales de la empresa familiar para la comunidad, se interrogó al expositor, ¿si era posible concluir un proceso falencial por diversos modos establecidos en la LCQ, arts. 225 al 228? Ergo, no esteriotiparse en un tipo de salida, como avenimiento, pago total, liquidación de bienes, sino fusionarse de manera mixta y provocar de esta forma la conclusión definitiva.

“Las sociedades, a diferencia de las personas físicas, quedan definitivamente inhabilitadas a partir de la sentencia de quiebra conforme lo establece el art. 237 de la LCQ, salvo la hipótesis de conversión de la quiebra en concurso del art. 90, o los casos de conclusión de la quiebra por avenimiento (art. 225 LCQ) o pago total (art. 228).

Desde el punto de vista societario la sentencia de quiebra es causa de disolución (art. 94 inc. 6to. LS) y la liquidación falencial debería culminar con la cancelación de su matrícula (art. 112 LS), lo cual rara vez (en rigor, nunca) acontece.

En el caso de las sociedades familiares la inhabilitación definitiva y no temporal, como sucede con las personas físicas, implica una pérdida de valores que van más allá de aspectos, puramente económicos, a veces se encuentra en juego el propio apellido en la designación social, etc. En el caso, la noción de beneficios del art. 1ero. De la ley 19550, supera con creces la participación en dividendos.

Los dos modos de conclusión típicos de la quiebra en la ley 24.522, el avenimiento y el pago total, fueron interpretados con cierta rigidez hace algunos años, de modo tal que la elección de un modo de conclusión, era excluyente del otro.

Recientemente comenzaron a permitirse hipótesis mixtas de conclusión, donde algunos acreedores reciben el pago de su acreencia y otros de un acuerdo de avenimiento, pero esa amplitud de miras no llegó a comprender otras hipótesis de extinción de las obligaciones concurrentes.

Propiciamos para las empresas familiares organizadas a través de sociedades, a salvo la cancelación de la matrícula, la posibilidad de combinar acuerdos de avenimiento y pago.

Junto con la declaración de prescripción de créditos si fuera del caso, aún cuando exista liquidación total o parcial de bienes de la fallida que pretende rehabilitarse”.

#### **V.-INTERCAMBIOS Y PREGUNTAS.**

Dr. Sergio Ruiz: es necesario mirar a la empresa familiar con sus especiales características.

Dra. Alicia Pereira: hay relaciones de la empresa familiar con los proveedores, que no son lo mismo, que con una gran empresa. En la empresa familiar, existen una relación de conocimiento personal entre el cliente, proveedor, con la prestataria, vendedora, industrial, agrícola, integrada por sujetos de la familia, que a su vez son directivos de la empresa familiar. La relación de cotidianeidad, de cercanía, de confianza, debería tener un valor.

Dr. Ariel Dasso, se debe dar prioridad a la maximización de los activos.

Dr. Juan Pablo Orquera ¿Quién está legitimado en ese limbo para solicitar la cancelación de la matrícula?

Por último, se dio cierre con las preguntas efectuadas por el Dr. Daniel Truffat, respecto a la diversidad tipológica familiar, comprendida en el Código Civil y Comercial de la Nación, normas todas aplicables a ellas.

Finalmente, la intervención del Dr. Hugo Richard, dejó interrogantes a responder.

#### **VI.CONCLUSIONES ARRIBADAS.**

La empresa familiar tiene características distintivas de la empresa no familiar.

Se propuso la elaboración de listado de mediadores, disponibles en los tribunales comerciales para intervenir en la empresa concursada y falencial, en caso de conflicto interno que provoque más daño a la empresa en cesación de pagos.

Tanto en el concurso como en la quiebra, los créditos que no se pueden verificar en forma directa, sino quedan subordinados por los especiales vínculos.

En tal sentido el síndico entre otros temas, tiene la posibilidad de investigar respecto de esos vínculos de empresa familiar y la familia.

Así también categóricamente se señaló que el síndico debe tener una mirada distinta cuando se trata de la cesación de pagos de una empresa familiar, observando el entorno social, el conflicto

eventual familiar, y proteger a la empresa familiar desde la órbita integradora, preservando la no elevación de mayores daños.

En cuanto a los modos de finiquitar el proceso de quiebra, siempre es posible proceder a la conclusión del proceso por diversas formas establecidas en el art. 225 al 228, en forma aislada o mixta.

Se cuestionó la falta de prescripción de los créditos en la quiebra, y por otro lado también la posibilidad de rehabilitarse una persona ideal, cuando la persona humana se rehabilita en un año de decretada la quiebra.

**LA QUIEBRA POR EXTENSIÓN. MECANISMOS. UTILIDAD. ¿SUPERVIVENCIA?****María Cristina DE CÉSARIS****Expositores: Fernando Javier MARCOS, Fabiana PEREZ y Miguel Ángel RASPALL****Coordinadora: María Cristina DE CÉSARIS****1. Presentación e Introducción:**

Luego de la apertura efectuada por el Dr. Efraín Hugo Richard, el Dr. José Fernando Márquez y la abogada María Fernanda COCCO, quienes dieron la bienvenida a los y las asistentes y agradecieron la colaboración y la disponibilidad de quienes acompañaron desde que se inició el ciclo de conversatorios, tomó la palabra la profesora María Cristina De Cesaris, en su carácter de coordinadora, quien presentó a los disertantes Dr. Fernando Javier MARCOS<sup>107</sup>, Contadora Fabiana PEREZ<sup>108</sup> y Dr. Miguel Ángel RASPALL<sup>109</sup>, explicitó la modalidad consensuada para desarrollar el tema e hizo una breve introducción al mismo para destacar los aspectos que serían objeto de especial análisis. Señaló que el objetivo principal que se habían propuesto era, conforme el título del conversatorio, analizar el instituto para valorar la UTILIDAD Y SUPERVIVENCIA DEL MISMO sobre la base de la regulación actual y las enseñanzas que ha dejado su aplicación. Congruente con ello, luego de que cada uno de los expositores desarrollara su tema con una valoración personal sobre el subsistema de extensión o modalidad de extensión que abordará, se invitaba a todos y todas los asistentes a analizar a través del intercambio de opiniones si el sistema de extensión sigue siendo eficiente y debe seguir vigente tal como está regulado. O si, por el contrario, han demostrado ser más eficaces otras formas de contribución al activo concursal por terceros no fallidos, como las acciones de responsabilidad.

---

<sup>107</sup> Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Morón; Especialista en Asesoría Jurídica de Empresas (Facultad de Derecho UBA); Doctorando en la Facultad de Derecho UCA-BA; se desempeñó como docente de en el área de Derecho Comercial y Obligaciones en distintas universidades; Docente de la Diplomatura de Derecho Concursal (UMSA-Colegio Público de Abogados Capital Federal); Miembro del Instituto de Derecho Comercial del Colegio Público de Abogados de Capital Federal.

<sup>108</sup> Licenciada en Administración de Empresas y Contadora egresada de la Facultad de Ciencias Económicas de la UBA y Especialista en Sindicatura Concursal de la misma Facultad; ejercicio de la sindicatura como Síndica clase B en el período 2009 -2012 y Síndico clase A Estudio Kurlat-Perez y Asociados, períodos 2013-2016, 2017-2020 y 2021-2024; participante en Jornadas de actualización y capacitación dictadas por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas C.A.B.A., e instituciones académicas universitarias, entre otras las JORNADAS PREPARATORIAS DEL XI CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL (Universidad del Centro de la Republica, Bahía Blanca, Universidad Austral, Consejo Profesional de Ciencias Económicas de CABA, Universidad del Norte Santo Tomas de Aquino, Universidad Católica de Santa Fe, Facultad de Derecho Departamento de Derecho económico y Empresarial del Instituto Argentino de Derecho Comercial, Universidad de Cuyo, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales - UNL); Participación en la elaboración del proyecto de ley de concursos impulsado por "El Arca"; Auxiliar docente en la materia Actuación profesional Judicial en la Facultad de ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires (período 2003.2010); Profesora invitada en las carreras de Post grado de Especialización concursal dictadao en la Universidad de Entre Ríos (UNER) y en la Universidad del Comahue y Profesora invitada en la Maestría de Derecho Empresario (intensivo) UCES.

<sup>109</sup> Ex Profesor titular de Concursos y quiebras y Ex profesor de Títulos Valores y Derecho bancario. Profesor en cursos de posgrado. Ex Presidente del Instituto de Derecho Concursal del Colegio de Abogados de Rosario. Integrante del Tribunal Evaluador de la Carrera de Sindicatura Concursal desde 2008 a la fecha. Miembro y Director de la Revista Electrónica del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal. Miembro del Instituto Argentino de Derecho Comercial. Miembro del Instituto de la Empresa de la Facultad de Derecho de Córdoba. Director del Centro de Estudios de Derecho Comercial de la UCA Rosario. Autor y coautor de varios libros de la especialidad concursal y autor de libros de Derecho de la Empresa. Autor de trabajos doctrinarios y disertante habitual en eventos académicos.

Para introducir el tema la Dra. María Cristina De Cesaris recordó que en la ley 24522 se regulan cuatro supuestos TÍPICOS de extensión, UNO EN EL ART. 160 Y TRES EN EL ART. 161. El art. 160, LCQ, dispone que "la quiebra de la sociedad importa la quiebra de sus socios con responsabilidad ilimitada..." regulándose a continuación la extensión a los socios con igual responsabilidad que se hubiesen retirado o hubieren sido excluidos después de producida la cesación de pagos, que también es llamada quiebra refleja. Por su parte, el art. 161, LCQ, prevé los supuestos para que pueda requerirse la extensión que son: Actuación en interés personal. Controlantes. Confusión patrimonial. La quiebra se extiende: 1) A toda persona que, bajo la apariencia de la actuación de la fallida, ha efectuado los actos en interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude a sus acreedores. 2) A toda persona controlante de la sociedad fallida, cuando ha desviado indebidamente el interés social de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte. A los fines de esta sección, se entiende por persona controlante: a) Aquella que en forma directa o por intermedio de una sociedad a su vez controlada, posea participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social; b) Cada una de las personas que, actuando conjuntamente, poseen participación en la proporción indicada en el párrafo a) precedente y sean responsables de la conducta descrita en el primer párrafo de este inciso. 3) A toda persona respecto de la cual existe confusión patrimonial inescindible, que impida la clara delimitación de sus activos y pasivos o de la mayor parte de ellos.

Se distinguen estos dos grandes grupos de extensión de quiebra, haciendo referencia a la quiebra refleja "sincrónica" o "simultánea" con la principal y la refleja "asincrónica" o "sucesiva" de la principal, cada una con sus particularidades. Por su parte el art. 172 LCQ advierte que la existencia de agrupamiento societario, grupo societario o conjunto económico, no importa per se la extensión de quiebra de uno de los integrantes a los restantes, salvo que se den los supuestos del art. 161 o en el caso de fracaso del concurso preventivo agrupado cuando se hubiera optado por la propuesta unificada (art 67).

**2. Sobre alguna de las cuestiones involucradas en las hipótesis de quiebra reguladas en estas normas hablaron Fernando Javier Marcos, Fabiana Pérez y Miguel Ángel Raspall, en ese orden.**

Dr. Fernando Javier MARCOS: **Quiebra refleja y socios de la Sección IV del Capítulo I de la ley 19.550:**

**Comenzó diciendo el Dr. Marcos que** "La extensión de la quiebra a los socios con responsabilidad ilimitada, denominada "quiebra dependiente, accesoria o refleja" siempre fue un instituto controversial del régimen falencial, tanto para la doctrina foránea, como para la nacional. Su aplicación provoca desde sus orígenes, debates sobre sus fundamentos, alcances, pero, además, respecto a su utilidad o no en el campo del derecho de quiebra, los cuales también han alcanzado a los otros supuestos de extensión de quiebra que en la legislación argentina regula el artículo 161 de la ley 24.522.

Precisó que puntualmente analizaría al supuesto que trata el artículo 160 de la Ley de Concursos y Quiebras, cuyo antecedente inmediato fue el artículo 164 de la ley 19.551 inspirado en la ley italiana de 1942, el cual dispone *ipso iure* la declaración de quiebra del socio con responsabilidad ilimitada, pero lo hace únicamente en relación a los socios de la Sección IV del Capítulo I de la Ley General de Sociedades —en adelante "socios de la Sección IV"—, cuya reforma por la ley 26.994 reavivó el estudio y la discusión sobre este particular supuesto de extensión de la quiebra.

Esto es así, no solo por la incorporación de otros sujetos dentro del esquema legal otrora dirigido solo a los socios de sociedades de hecho y de las sociedades irregulares, y a los que ahora se le suman, en principio, los socios de las sociedades atípicas (artículo 17, ley 19.550) y los socios de las sociedades civiles constituidas bajo el amparo del Código Civil, sino especialmente, por el importante cambio que se operó en la responsabilidad de estos socios.

Para comenzar a desandar el camino propuesto y a fin de poder reflexionar más adelante sobre si actualmente se justifica la existencia de este instituto de la quiebra refleja, ello, a partir de su origen y de los resultados que su aplicación provoca —básicamente negativos para todos los sujetos que participan en el proceso de quiebra—, considero importante determinar, por un lado, lo que dispone la norma vigente *-lege lata-*, para luego plantear algunas propuestas sobre si es útil su mantenimiento y, para el caso que esta perdure, cuáles deberían ser sus alcances específicos y cómo debería instrumentarse —de *lege ferenda*—.

En concreto, el citado artículo 160 de la ley 24.522, cuyo texto se mantiene sin modificaciones desde que fuera sancionado el vigente régimen falencial, prevé que “la quiebra de la sociedad importa la quiebra de sus socios con responsabilidad ilimitada. También implica la de los socios con igual responsabilidad que se hubiesen retirado o hubieren sido excluidos después de producida la cesación de pagos, por las deudas existentes a la fecha en la que el retiro fuera inscrito en el Registro Público de Comercio, justificadas en el concurso. Cada vez que la ley se refiere al fallido o deudor, se entiende que la disposición se aplica también a los socios indicados en este artículo”.

Pues bien, tal precepto —artículo 160—, como fue adelantado, encuentra su antecedente inmediato en el artículo 164 de la ley 19.551, que exhibió en su texto —idéntico al del artículo 160 de la ley actual— la influencia de los sistemas legales francés e italiano, y que dejó de lado la dirección que había seguido la normativa concursal anterior de Argentina, donde tal extensión estaba limitada al *socio solidario* de una sociedad colectiva o en comandita, es decir, que tenía en cuenta una solidaridad asumida por el socio convencional y originariamente, además de la responsabilidad ilimitada que identifica a estos últimos.

Las características de aquella extensión de la quiebra al *socio solidario* merecen ser analizadas con algún detenimiento para poder pensar con mayor cuidado sobre la necesidad y utilidad real de esta figura, que nuestro ordenamiento jurídico sostiene, con variantes, desde la sanción misma del Código de Comercio (1862).

Es usual al estudiar el origen de este específico supuesto de extensión que se haga referencia al Código de Comercio Italiano de 1882, corpus que disponía en el artículo 847 que la quiebra de una sociedad colectiva o en comandita también importaba la de su socio responsable sin limitaciones. Posteriormente, la ley falencial de dicho país sancionada en el año 1942, es decir, el decreto 267 del 16 de marzo de 1942, en su artículo 147 modificó el criterio y amplió la extensión a *todos* los socios con responsabilidad ilimitada sin mencionar ningún tipo social específico, lo que hizo que a partir de ese momento, no solo fuera responsable el socio con responsabilidad ilimitada convencional y originaria, sino también, el resto de los socios con dicha responsabilidad de origen sancionatoria o infraccional.

Otro dato relevante, es que la extensión de la quiebra en estos supuestos, estaba asociada a la naturaleza contractual de estas sociedades que, como tales, carecían de personalidad jurídica diferenciada, es decir, no eran sujetos de derecho y donde sus socios eran *conegociantes*, pues siendo su responsabilidad convencional e ilimitada, negociaban personalmente, obligándose frente a terceros y obligando a los socios. Era una confluencia de la *societas* del derecho romano y del mandato con representación.

Precisamente, por carecer en aquel tiempo la sociedad colectiva de personalidad, era natural que su quiebra produjera como inmediata consecuencia la de los socios que la integraban, “porque habían negociado personalmente, fuera directa o indirectamente, mediante un mandatario y porque en la negociación colectiva había comprometido todo su patrimonio”.

De esta forma, el criterio que siguió la ley italiana de 1942 en su artículo 147 fue el que, a la postre, influyó directamente en el artículo 164 de la ley 19.551, aunque este último tuvo una mayor contundencia conceptual en su redacción, porque a diferencia de la aquella norma, indicó que la quiebra de la sociedad “importa” la de los socios con responsabilidad ilimitada, esto último, “cuando la existencia de los socios resulte en el momento de la declaración de quiebra de la sociedad y, por tanto, generalmente, cuando se trate de una sociedad regularmente constituida”.

En lo que se refiere a la legislación argentina todo inició con el Código de Comercio de 1862, el cual, en el artículo 1530 —en su parte pertinente— establecía que “[la] quiebra de una sociedad colectiva, o en comandita, constituye en estado de quiebra a todos los socios solidarios que la componen”. Igual sentido siguió la ley 4156 en su artículo 4º y la ley 11.729 en el artículo 6º, normas donde si bien se nombraba a las sociedades colectivas y en comandita, a diferencia del artículo 847 del Código de Comercio italiano (1882), se mantuvo la específica referencia a los socios *solidarios* en lugar de hacer mención a los socios *con responsabilidad ilimitada*, conceptos que tiene distintos significados jurídicos, porque mientras que la *solidaridad* transforma al socio en responsable por la totalidad de las deudas de la sociedad, la *ilimitación* está relacionada con la forma de responder del patrimonio del socio ante las deudas sociales, en este caso, con todo su patrimonio.

De allí que, cuando el ordenamiento legal argentino anterior a la ley 19.551 extendía la quiebra de la sociedad a los socios solidarios de sociedades colectivas y en comandita, estaba significando que, además, estos debían responder en forma ilimitada con su patrimonio personal, porque así era la responsabilidad de estos socios.

Sin embargo, tanto la ley 19.551 en su artículo 164, como la ley 24.522 en el artículo 160 solo destacan, al igual que lo hizo la ley italiana de 1942, la calidad de socio “con responsabilidad ilimitada”, lo que no impide poner de relieve un dato que considero fundamental para entender unas de las razones que dieron origen a la extensión de la quiebra refleja: la existencia de un socio con responsabilidad ilimitada que, a su vez, respondiera solidariamente por las deudas sociales, o sea, por la totalidad de las deudas y no solo por una porción de aquella, característica esta última de las obligaciones simplemente mancomunadas.

Sucede que, extender sin más la quiebra de la sociedad al socio que tiene responsabilidad solidaria pero limitada, “importa una agravación de su responsabilidad según su situación de derecho sustancial”, porque termina recibiendo, en los hechos, un trato similar a aquél que debe afrontar la totalidad de la masa pasiva por las repercusiones prácticas que conlleva para su situación jurídico-patrimonial. Por ello, es que entiendo sumamente relevante tener en consideración que, desde sus orígenes, para nuestra legislación nacional el socio de la sociedad colectiva o en comandita al que se le extendía la quiebra tenía la calidad de ser “solidario”, además de responder en forma ilimitada.

Es que, como se sabe, el socio de la sociedad colectiva así respondía y responde hoy (artículo 454, Cód. Comercio -1862- y artículo 125, ley 19.550), al igual que el socio *comanditado*, más no el socio *comanditario* quien, si bien es solidario —es responsable por todas las deudas sociales— tiene su responsabilidad limitada (artículo 425 y 429, Cód. Com. -1862- y artículo 134, ley 19.550). A su vez, en todos los casos, esa responsabilidad les es exigible en forma subsidiaria (artículo 56, ley 19.550).

En resumen, la génesis de ese instituto, al hacer referencia hasta la ley 11.719, inclusive, al socio “solidario”, marcaba un norte sumamente claro, el cual dejaba a la vista que estos socios eran aquellos que debían responder por la totalidad de las deudas, resultando implícita la ilimitación de dicha responsabilidad, porque reitero, los socios colectivos y el socio comanditado respondían con todo su patrimonio, mientras que el comanditario estaba limitado a los fondos aportados en la sociedad (artículo 429, Cód. de Comercio —1862— y artículo 134, ley 19.550), salvo que se inmiscuyera en la administración, supuesto donde el comanditario respondía y responde ilimitada y solidariamente (responsabilidad legal y sancionatoria).

Una de las principales razones que siempre se presentaron para justificar el instituto, válida, por cierto, es que “la consideración realista de que el socio que no provee a tiempo el pago de las deudas sociales manifiesta del modo mejor su insolvencia personal”. Este punto de vista que, si bien no está exento de debate por presumir la ley de pleno derecho la insolvencia del socio a causa de la cesación de pagos que motivó la quiebra de la sociedad, no deja de exhibir una aceptable razonabilidad. Y es así, porque ante la insolvencia de la sociedad se activa la obligación del socio solidario con responsabilidad ilimitada de responder por las deudas sociales, antes y ahora.

Tal estado de cosas, eximía y “exime al tribunal de la tarea de indagar si los patrimonios de los socios se encuentran también en estado de cesación de pagos”, lo que implica la existencia de una verdadera presunción *iure et de iure* sobre la insolvencia de estos socios. Desde esta plataforma conceptual, la quiebra de la sociedad es la “prueba fehaciente” de la cesación de pagos del socio, razón por la que el beneficio de excusión resultaría inoponible, aunque se trate de sujetos de derecho distintos y con patrimonios diferenciados.

Empero, la realidad del texto del artículo 160 de la ley 24.522 no da esta opción —el beneficio de excusión—, en la medida que se den los presupuestos fijados por ese precepto, o sea, la declaración de *quiebra de la sociedad* —quiebra principal—, ser *socio* y tener *responsabilidad ilimitada* —solidaria o simplemente mancomunada—.

La precisa letra de la ley no admite discusión en cuanto a su contenido y alcances, además de ratificar el criterio que ha seguido el legislador, por lo menos desde la sanción de la ley derogada ley 19.551, que ha optado por la responsabilidad *ilimitada* del socio afectado, del mismo modo que lo hizo la ley italiana de 1942 —según ya fue descrito—, sin tener en cuenta la solidaridad de su deber jurídico de responder.

Como se sabe, en la práctica, gran parte de los casos de quiebra refleja involucraban a socios de *sociedades irregulares* —aquellas que adoptaron un tipo social pero que no cumplieron con el *iter* constitutivo— y de *sociedades de hecho* —con objeto comercial y “cuya constitución no resulta de instrumento alguno sino de la actuación de los socios”—, más allá de la existencia de otros procesos relacionados casos de otros socios con responsabilidad ilimitada.

Reflexionó que es importante no olvidar que la condición de socio con tal responsabilidad ilimitada no generaba inconvenientes en el marco de la Ley de Sociedades Comerciales, porque aquellos que ostentaban esa calidad respondían, entonces, también *solidariamente*, es decir, por la totalidad de las deudas sociales y no solo por una parte aquella, característica esta última de las obligaciones simplemente mancomunadas (artículo 825, CCyCo.).

Pero todo se modificó en relación a la Sección IV del Capítulo I de la Ley 19.550 a raíz de las importantes modificaciones que la citada ley 26.994 produjo, no solo al ampliar la lista de socios ahora sujetos al nuevo régimen legal y que como se adelantó, originariamente solo alcanzaba a las

sociedades de hecho con objeto comercial y a las sociedades irregulares, sino al cambiar un tópico tan relevante como es el de la responsabilidad de estos socios.

Ocurre que, además de quedar comprendidas en esta sección las sociedades que no se constituyan con sujeción a los tipos previstos por el Capítulo II de la ley 19.550, las que omitan requisitos esenciales o que incumplan con las formalidades exigidas por la ley (artículo 21, ley 19.550), entre otros aspectos, se alteró el régimen de responsabilidad de los socios que era *solidaria e ilimitada* (artículo 23, ley 19.550 antes de la reforma), disponiéndose —ahora en el artículo 24— que “los socios responden frente a terceros como obligados simplemente mancomunados y por partes iguales, salvo que la solidaridad con la sociedad o entre ellos, o una distinta proporción, resulten: 1) de una estipulación expresa respecto de una relación o conjunto de relaciones; 2) de una estipulación del contrato social, en los términos del artículo 22; 3) de las reglas comunes del tipo que manifestaron adoptar y respecto del cual se dejaron de cumplir requisitos sustanciales o formales”.

El cambio es sustancial, porque si bien se mantiene la ilimitación de la responsabilidad la regla ahora es la *mancomunación simple* (artículo 825 y 826, CCyCo.). Pero eso no fue todo, se eliminó la imposibilidad de invocar el beneficio de excusión, antes vedado a las sociedades de esta sección (artículo 23, primer párrafo, ley 19.550, texto anterior a la reforma de la ley 26.994), lo que permite sostener que el legislador habría retirado el obstáculo de invocar tal beneficio, transformando a la responsabilidad de los socios de esta Sección IV en *subsidiaria*

O sea, que se pasó de una responsabilidad *solidaria, ilimitada y directa* a una responsabilidad más benévola, dado que esta es —sería— ahora *subsidiaria, ilimitada y, en principio, simplemente mancomunada.*, salvo que se den las excepciones que prevé el mentado artículo 24 de la ley 19.550 en su versión vigente.

Por su parte y, respecto a la *subsidiariedad* que ahora se predica de esta responsabilidad, entiendo que sería discutible, porque el artículo 56 de la ley 19.550 que no fue modificado, al tratar el beneficio de excusión, hace referencia expresa a las sociedades tipificadas por la ley —“...según corresponda de acuerdo con el tipo de sociedad de que se trate ...”—, aunque esa es otra discusión que exigiría mayores consideraciones.

Descripto el nuevo panorama, señaló que, en su opinión, tratándose de sociedades que poseen alguna carencia de origen o sobreviniente, sumado a que en muchos casos se va a tratar de sociedades no inscriptas —sociedades de hecho, irregulares, por ejemplo—, no encontraba justificativo para favorecer a estos socios con una responsabilidad como la ahora regulada, que indudablemente perjudica a los terceros a quienes deja en una situación o posición de mayor vulnerabilidad.

Tampoco encuentra real sustento la modificación operada en la responsabilidad de los socios en la eliminación de la *sociedad civil* que normaba el Código Civil (artículos 1648 y 1747, CCyCo.), especialmente cuando esta no fue incorporada o sustituida expresamente por otra al ser derogado el código velezano, aunque se la considere incluida —a falta de otra normativa— en la Sección IV que viene siendo objeto de análisis.

Esto no significa ignorar que el legislador de la ley 26.994 quiso favorecer a este específico grupo de sociedades. Pero no parece razonable, aun cuando se decida conformar de una sociedad ex profeso ya “a medida” para que se rija por las reglas de dicha sección IV, que estos socios se encuentren en una mejor condición que aquellos que pertenecen a sociedades típicas y regulares. No vale todo.

Puntualizó que, en adelante y, a los fines de la exposición, dado el nuevo escenario legal, se considerará a la responsabilidad de estos socios como ya fue reseñado, es decir, *ilimitada, simplemente mancomunada y subsidiaria*.

Aclarado este fundamental extremo para el análisis propuesto desde el comienzo, en lo que hace a la quiebra refleja que norma el artículo 160 de la ley 24.522, cuyo contenido originario, insisto, no ha variado; después de la sanción de la ley 26.994 y a causa de las reformas que generó en la Sección IV, se ha reactivado el debate sobre la extensión de la falencia social, que antes comprendía a los socios con responsabilidad ilimitada —originaria, derivada o sancionatoria— quienes además también eran solidarios como regla, importando ello la posibilidad de exigírseles el pago total de la deuda de la sociedad (artículo 827, CCyCo.).

Lo cierto es que, si en su momento las discrepancias existentes en la doctrina en torno a los efectos concretos del artículo 160 de la ley 24.522 había dado lugar a tres posturas principales conocidas que se podrían catalogar como *restrictiva, intermedia y amplia*, todo se complicó aún más, cuando de la mano de la ley 26.994 la responsabilidad de estos socios de la Sección IV dejó de ser sustancialmente solidaria para transformarse en simplemente mancomunada, asimilando este deber de responder por las obligaciones sociales a la que ostentaban los socios de la sociedad civil a la que hice mención con anterioridad, sujetos que no estaban obligados solidariamente por las deudas del ente, porque salvo pacto en contrario, solo respondían personal e ilimitadamente solo por una “porción viril” (artículo 1747, Código Civil).

A modo de referencia, de acuerdo con las mencionadas tesis vinculadas a la extensión de los efectos del artículo 160 de la Ley de Concursos, solo quedarían comprendidos los socios con responsabilidad limitada contractual u originaria como el socio de la sociedad colectiva —tesis *restrictiva*—.

Otros entienden que también estarían alcanzados los socios con responsabilidad ilimitada originaria o derivada, en la medida que estos respondan por la totalidad de las deudas sociales, es decir, que sea solidaria —tesis *intermedia*—.

Finalmente, en el otro extremo, se sitúan aquellos que sostienen que quedan abarcados por la extensión todos los socios con responsabilidad ilimitada, sea esta originaria o derivativa/sancionatoria —tesis *amplia*—.

Pese a todo, si bien entiendo que el artículo 160 de la Ley de Concursos no hace distinción alguna sobre el origen de responsabilidad ilimitada del socio de la fallida —lo que daría razón a la tesis amplia que no distingue entre la *ilimitación* originaria o derivada —incluida la sancionatoria—, de mantenerse este instituto en el futuro, debería ser modificado para abarcar solo los casos de responsabilidad *ilimitada* antes citados, pero en la medida que el socio también posea responsabilidad *solidaria*, lo que implica que “debe responder con todo su patrimonio por todo el pasivo social”, alcance que propone la tesis *intermedia* que, en alguna medida, responde a los orígenes de la quiebra refleja.

En el fondo, el problema que enfrentan los socios de la Sección IV luego de la sanción de la ley 26.994 frente a la quiebra de la sociedad que conforman, es que aun cuando ya no deben responder con todo su patrimonio sino por una parte o fracción del pasivo social, como la ley 24.522 no se modificó —lo que razonablemente debería haber sucedido, al menos en este tema— para ajustar a la reforma citada, tal como está redactado el artículo 160 de la Ley de Concursos —de *lege lata*— igualmente se les debe extender automáticamente la falencia de la sociedad a todos estos socios

con responsabilidad ilimitada, sin excepción, porque eso es lo que expresa la ley argentina desde la sanción de la ley 19.551 a la fecha, sin solución de continuidad.

Tal panorama, muestra gran parte de las dificultades de la quiebra refleja, no solo en el caso que motiva estas reflexiones —socios de la Sección IV—. Por ejemplo, se prevé una *automaticidad* para declarar la quiebra del socio que en muchos casos no es posible que se materialice, simplemente porque no se está en condiciones de establecer la existencia de socios con responsabilidad ilimitada, salvo que estos lo acepten. Menos todavía, si se intenta extender esta quiebra a un *socio oculto* y a su contracara, el *socio aparente*, estado de cosas que, para su dilucidación, requiere de un proceso de conocimiento previo para establecer la existencia de estos.

Lo mismo se da cuando la falencia se pretende extender a “los socios con igual responsabilidad que se hubiesen retirado o hubieren sido excluidos después de producida la cesación de pagos, por las deudas existentes a la fecha en la que el retiro fuera inscrito en el registro público de comercio, justificadas en el concurso” (artículo 160, ley 24.522). Estos responden ilimitadamente con su patrimonio, pero en forma *parcial*, situación que, de hecho, exige la prueba previa de diversos elementos determinantes para hacer viable la extensión, todo lo cual, impiden la inmediata extensión de la quiebra de la sociedad.

Se preguntó además el Dr. Marcos si ¿no es prudente escuchar a todos estos socios con responsabilidad ilimitada antes de quebrarlos? Otro tanto puede suceder con la sociedad de hecho si esta no se encuentra inscrita con fines tributarios ante la autoridad fiscal o si la existencia de la sociedad es negada.

Como lo explicaba Otaegui, para la viabilidad de estos supuestos se hace necesario el trámite de proceso previo —agrego, de conocimiento— y su correspondiente resolución judicial firme que, como “sustento indispensable” deberá promover el acreedor o la sindicatura para demostrar tales extremos, para luego recién —si demuestra la existencia de la sociedad y sus socios— poder peticionar la extensión de quiebra.

Insistió que parece un tanto cuestionable, más allá del argumento que sostiene que la insolvencia de la sociedad deja a la luz la del socio con responsabilidad ilimitada —argumento que, en principio, no deja de ser razonable—, que se declare la quiebra de un socio sin que se disponga una previa citación de este último, dado que eventualmente, éste podría cancelar las obligaciones a su cargo, algo que adquiere una particular trascendencia ante la responsabilidad simplemente mancomunada de la que habla el artículo 24 de la ley 19.550 (ley 26.994), posición en la que también se encuentran aquellos socios los socios retirados o excluidos desde que su retiro es inscripto, quienes solo responden parcialmente por el pasivo.

Destacó el expositor que la sociedad tiene la ventaja del traslado del artículo 84 de la ley 24.522 en la quiebra directa, oportunidad en la que puede desvirtuar el estado de cesación de pagos, entre otras limitadas defensas que puede plantear, pero no así el socio. Y por ello, si se trata de los socios de la Sección IV, con mayor razón deberían ser escuchados antes de declararlos en quiebra, dado que en la actualidad solo responde parcialmente por el pasivo social. Incluso, también previo a disponer la quiebra indirecta, habitualmente los jueces ordenan correr traslado e intimar a la deudora —sociedad concursada en ese momento— con carácter previo.

Pareciera que el legislador quiso atemperar los dañinos efectos de la extensión automática de la quiebra permitiendo a estos socios mencionados en el artículo 160 de la ley 24.522 la alternativa de pedir la conversión de su quiebra en concurso preventivo, camino vedado a los demás supuestos de

extensión regulados por el artículo 161 de la ley 24.522, por ser estos últimos, de exclusivo tinte sancionatorio.

En rigor de verdad, las características de esta figura no solo, no impide, sino que impone dar al socio el derecho a pagar antes de extenderle la quiebra (artículo 18, Constitución de la Nación), con mayor razón aún, porque se trata de “una excepción al principio general concursal de que no hay quiebra sin insolvencia”.

También advirtió que el tema tiene otra arista, pues a su juicio no tiene sentido generar más fallidos a fin de sumar procesos de quiebra que todo lo complican y dilatan, lo que no se debe confundir con facilitarle las cosas a los socios responsables.

Todo lo contrario, se trata de encauzar las cosas por otra vía más adecuada y eficiente que permita mejorar la performance de cobro de los acreedores, como es el de las acciones dirigidas a hacer efectiva la responsabilidad —deber de responder— de todos los socios con responsabilidad ilimitada de acuerdo al tipo o clase/grupo/sector —la Sección IV no crea un tipo social— de sociedad a la que reporte. Por ello consideró que valía preguntarse, cuál es la razón de agravar las cosas si, por ejemplo, el activo de la quiebra de la principal —sociedad— fuera suficiente para cubrir su pasivo.

No se debe olvidar que el socio con responsabilidad ilimitada, especialmente el solidario, más allá de ser un co-deudor de las obligaciones sociales, cumple en los hechos ante los acreedores de la sociedad un rol de *garante* —las deudas son de la sociedad, persona distinta de los socios que la integran que posee un patrimonio diferenciado del de estos—.

Por esta razón, debería ser convocado y oído (artículo 1588, CCyCo., su antecedente artículo 2023, CC.) antes de declararlo insolvente, por más que parezca lógico —no digo que no tenga cierta lógica— presumir su cesación de pagos.

Un aspecto que es motivo de análisis es el fin u objetivo que se persigue con la extensión de la quiebra al socio con responsabilidad ilimitada. ¿Es sancionatorio, resarcitorio o de recomposición patrimonial? Es una realidad que el principal efecto que produce y caracteriza a esta quiebra derivada es netamente *sancionatorio*, aunque parezca en alguna medida contradictorio con el origen de la extensión que solo exige el cumplimiento de requisitos formales, porque aquella se declara en virtud de la insolvencia de la *sociedad fallida* —sujeto distinto del socio— y antes la existencia de socios con responsabilidad ilimitada, y no porque estos hubieran incurrido en un obrar distinto e imputable directamente a ellos que justifique una sanción. Téngase en cuenta que el artículo 160 termina reprochando al socio por el incumplimiento de pago de la sociedad, como si ello de por sí fuera justificativo de una sanción, cuando la falta de cumplimiento de las obligaciones acarrea, en principio y salvo situaciones especiales —mala fe, dolo, fraude—, solo la exigibilidad del pago y eventuales daños mediante las vías legales que prevé el artículo 730 del CCyCo. (antes artículo 505 del Código Civil) si el deudor se encuentra *in bonis*, o a través del pedido de su propia quiebra si se trata de un sujeto insolvente. Concretamente, se trata de una suerte de “sanción por deudas”, mediante la cual se intenta hacer efectiva la responsabilidad de los socios con responsabilidad limitada —originaria o derivada—, aunque dicho sujeto se encuentre inicialmente *in bonis*. Reitero, se sanciona automáticamente al socio para que responda patrimonialmente, en lugar de reclamarle que cumpla primero.

Se suele justificar en ocasiones a la extensión como una especie de alerta en el horizonte que se pone a estos socios, “algo así como una amenaza para ellos, para incitarlos a acudir con sus propios bienes en ayuda del ente, porque saben que, si éste es declarado en quiebra, ellos serán arrastrados

a la misma situación”, dada la presunción de su insolvencia por no haber atendido las obligaciones sociales con sus propios patrimonios.

Otros, destacando el carácter restrictivo del artículo 160, entienden que el supuesto bajo análisis no tienen un fundamento marcadamente sancionatorio, sino que responde a la necesidad de efectivizar la natural responsabilidad de estos socios y a una realidad económica derivada del esquema societario”.

Si se sostiene la idea de perseguir mediante la extensión de la quiebra un objetivo resarcitorio, esta debe ser descartada, porque ello es materia de otros institutos, *las acciones de responsabilidad, concursal, societarias e, incluso, las del derecho común* (artículo 1716 y ss., CCyCo.).

También se atribuye al artículo 160 de la Ley de Concursos el objetivo de ampliar la base patrimonial para atender el pasivo falencial de la sociedad, porque anexa al de la sociedad el de sus propios socios con responsabilidad ilimitada. Pero, ¿es así? **Respondió el Dr. Marcos** que al menos formalmente, la garantía patrimonial, objetiva y cuantitativamente se incrementa —o se debería incrementar— si al patrimonio social se adicionan los bienes que conforman el patrimonio del o los socios con responsabilidad ilimitada, en tanto estos posean bienes ejecutables (artículo 242, CCyCo.). Aun así, la realidad de las cosas es totalmente distinta, pues en la práctica solo se agrava insolvencia. En primer lugar, porque salvo el supuesto de confusión patrimonial inescindible, se van a tramitar diversos procesos de quiebra por separado, a saber, el de la sociedad, por un lado, y el de los distintos socios, conformándose *masas separadas* a las que van a concurrir, no solo los acreedores de la sociedad sino también ahora y, por efecto la quiebra derivada, los acreedores de los distintos socios. Ello, salvo que se diera un supuesto de confusión patrimonial inescindible donde procede la masa única.

Síntesis de esto: salvo excepciones, el concepto de la quiebra refleja solo da resultados positivos en el “laboratorio jurídico”, porque a los fines prácticos, del incremento de falencias y de masas pasivas no puede resultar nada productivo, especialmente porque saca de juego a los socios, cuya responsabilidad podría ser exigida por otra vía y sin declararlos en quiebra, o sea, manteniéndolos activos, productivos y, por lo tanto, con mayores posibilidades de responder y preocupados por hacerlo para evitar caer en quiebra.

Y si no es así, si deben quebrar, debe ser su propia quiebra y no una quiera formal que fue pensada para otra realidad jurídica, es decir, la de socios solidarios, con sociedades entendidas como un contrato —colectivas y en comandita simple, como se vio al analizar los orígenes del instituto— y no como un sujeto, donde el socio negociaba personalmente obligándose frente a terceros y ante los socios.

Tampoco la función disuasiva que se le atribuye a la quiebra refleja justifica llevar a la quiebra a todos los socios sin más, en particular, cuando como en el caso de los socios de la Sección IV estos responden parcialmente por el pasivo de la sociedad. No obstante, el artículo 160 de la ley 24.522 dice otra cosa, tal como fue expresado.

**EN DEFINITIVA, el expositor consideró** que la declaración de la quiebra por extensión es un instituto disvalioso que está siendo abandonado en el moderno derecho comparado del siglo XXI, incluso en los supuestos del socio ilimitado. La quiebra refleja, a diferencia de los demás supuestos tratados por el artículo 161 de la ley 24.522, contiene un presupuesto que puede calificarse de meramente formal pues da lugar a la falencia derivada del socio con responsabilidad ilimitada, sin excepción —reitero, el texto legal no admite otra interpretación, aunque nos parezca inadecuado—, es decir, sin que este último hubiese incurrido en conducta ilícita de ninguna clase o que merezca

algún tipo de reproche desde el plano de la gestión societaria o el interés social. La posibilidad de quebrar como mecanismo disuasivo para el socio va contra toda corriente de pensamiento actual en la materia concursal donde se prioriza la actividad empresarial, en particular, de la persona humana, brindando al deudor que es de buena fe una segunda oportunidad para reinsertarlo en el mercado lo antes posible. La quiebra refleja toma el camino opuesto a la tendencia vigente. Además, poco tienen de conminatoria tal amenaza de quiebra, siendo prueba de ello que, o el socio al que se le extiende la quiebra es un sujeto que como única fortuna cuenta con vivienda sujeta a la protección legal y no posee otros bienes liquidables, o sea, la quiebra no ha servido de nada o, cuando sí tiene tales bienes, toma el camino de concursar a la sociedad y por concursarse también personalmente —si advierte que se le pueden complicar las cosas también a él— o, directamente, por pedir la quiebra de la compañía y la suya propia, para beneficiarse con el descargo de sus pasivos y obtener el *fresh start* que le confiere la ley concursal una vez que cesa la inhabilitación, dado que los saldos insolutos no podrán afectar los bienes que en el futuro ingresen su patrimonio como deudor rehabilitado (artículos 107 y 236, ley 24.522).

En resumidas cuentas, se sanciona a los socios por el incumplimiento de la sociedad y se presume su insolvencia, pues no se le da la posibilidad de expedirse a tiempo, a pesar que se diga que la quiebra es declarada en virtud de la “función de garantía” asumida por el socio. Y cuando digo “a tiempo”, quiero significar que debería ser —por lo menos con los socios con responsabilidad ilimitada cuya calidad se pueda conocer y acreditar— en la misma oportunidad en que se le corre el traslado del artículo 84 de la ley 24.522 a la sociedad o, previo a declarar la quiebra indirecta del ente. Solo de esta manera se estaría, en principio, garantizando el libre, útil y oportuno derecho de defensa del socio (artículo 18 y 75 inciso 22, Constitución de la Nación).

Lo contrario implica sancionar con la quiebra de “pleno derecho” a un socio con responsabilidad ilimitada, solidario o no —en el fondo la cuestión es la misma, aunque si el socio responde de manera simplemente mancomunada, las consecuencias negativas son peores todavía—, quien, reitero, es un sujeto distinto de la sociedad (artículo 148, inc. b, CCyCo. y artículo 2º, ley 19.550), relación jurídica que determina la existencia de patrimonios diferenciados —el de la sociedad y el del socio—, con acreedores distintos, sin olvidar el carácter *subsidiario* de dicha responsabilidad según corresponda de acuerdo al tipo social de que se trate (artículo 56, ley 19.550), lo que debería obligar al acreedor a demostrar la inexistencia o insuficiencia de los bienes de la sociedad para atender las obligaciones a cargo del ente societario, para recién luego, agredir el patrimonio del socio con responsabilidad ilimitada.

Sin embargo, como el *beneficio de exclusión* no puede ser invocado a tenor del texto legal que prevé la quiebra refleja, contemplando la *función de garantía* que asume el socio con responsabilidad ilimitada a la que se hizo referencia antes, el camino no debería ser su propia quiebra —la del socio— sino recibir el tratamiento que se dispensa al fiador en estos casos, aunque no lo sea literalmente, quien a aun poseyendo responsabilidad ilimitada y solidaria, por ejemplo, debe ser previamente requerido o citado.

Como lo he resaltado desde el inicio —de ahí la breve relación a los antecedentes del instituto que se describió—, si bien en el Código de Comercio de 1862 y ley 11.719, inclusive, la condición de socio *solidario* era la que definía la extensión de la quiebra en los casos de la sociedad colectiva y en comandita, no puede decirse lo mismo desde que la ley 19.551 tomó el camino, principalmente de la ley italiana de 1942 y optó por la *limitación* “clave de bóveda” de la quiebra refleja.

Sin duda es cierto, que el cambio sustantivo en materia de responsabilidad de los socios de la Sección IV avivó la discusión sobre la relación entre limitación y solidaridad, aspectos distintos de

la responsabilidad que suelen transitar juntos, aunque no necesariamente. No obstante, sostuvo que no es un argumento dirimente —de *lege lata*— la inexistencia de solidaridad en los socios de la Sección IV para excluirlos de la quiebra refleja. No solo porque, la nítida redacción del mentado artículo 160 así lo indica (artículo 2º, CCyCo. CSJN, Fallos: 318:198 y 318:441), sino también, porque la norma antes citada contiene un ejemplo de extensión a un socio que, si bien posee responsabilidad ilimitada que no es simplemente mancomunada, igualmente no responde por todo el pasivo social: ellos son “los socios con igual responsabilidad que se hubiesen reiterado o hubieren sido excluidos después de producida la cesación de pagos, por las deudas existentes a la fecha en la que el retiro fuera inscripto en el Registro Público de Comercio...”.

Se puede advertir de dicho texto que integra el artículo 160 —también en el artículo 164, ley 19.551— que, siempre pudieron aparecer socios con responsabilidad ilimitada que, si bien no respondían por una porción viril, de todas maneras, debían asumir las deudas sociales también en forma parcial. Ello es así, porque estos socios retirados o excluidos, únicamente van a responder por aquellas deudas existentes hasta el momento en que su retiro fuera inscripto en el Registro Público, salvo que tal inscripción nunca sucediera, en cuyo caso sí responderían por la totalidad del pasivo de la sociedad.

**Resumiendo**, para el texto legal que rige hoy, la quiebra refleja, aunque no lo comparta, también alcanza a los socios de la Sección IV, pues lo son con responsabilidad ilimitada, y porque la condición de socio simplemente mancomunado no cambia las cosas, dado que la discusión sobre si debe o no ser solidario el socio para extenderle la quiebra de la sociedad forma parte de un debate doctrinario al que la ley no da lugar de manera alguna. Una conclusión distinta, insisto en ello, se apartaría del texto expreso de la norma que se viene tratando.

Todo lo expresado en estos pocos párrafos donde he tratado de sintetizar un tema complejo y de larga data que parece no encontrar un cauce definitivo, exhibe la conflictividad que genera la figura de la quiebra refleja y la necesidad de definir si es útil o no al sistema falencial y, de persistirse en su regulación, cuál debería ser esta.

Cierto es que, como mecanismo que beneficie a los acreedores de la quiebra de la sociedad, salvo alguna puntual excepción, solo ha servido para complicarlo todo, para causar más perjuicios y agravar la situación patrimonial de quienes pueden resultar más útiles activos y generando recursos para pagar, que quebrados automáticamente. Se puede decir que, la suma de *fallidos*, nunca dio un buen resultado.

Consideró que si se trata de lograr que la masa pasiva, es decir, los acreedores sociales, recuperen la mayor parte de sus acreencias, la vía más idónea es la que proponen las acciones de responsabilidad concursal y societaria, en su caso, pues no solo aplican a los socios y a los administradores, según el caso, sino también, tal como lo habilita el artículo 173 de la ley 24.522, a mandatarios, gestores de negocios y terceros —los denominados *cómplices* por la ley 19.551 (sus artículos 240 y 246), acción favorecida por el nuevo campo de actuación que ha abierto al *dolo* como factor de atribución de responsabilidad el Código Civil y Comercial en su artículo 1724.

Se agregan a estas, al amplio menú de acciones de recomposición patrimonial, concursales y las que contiene el Código Civil y Comercial.

Este es el camino que se debe seguir en el marco de una liquidación falencial, porque el objetivo o fin que se persigue en estos casos es liquidar el patrimonio de la sociedad deudora para afrontar el pasivo y, si corresponde, integrar a ese patrimonio las sumas que correspondan en concepto de

resarcimiento por daños y perjuicios causados a la fallida, como así también, recomponer ese patrimonio si han existido actos dirigidos a sustraer bienes del desapoderamiento.

Paralelamente a todo esto, naturalmente accionar contra aquellos que, por haberlo asumido desde su origen o por disposición de la ley, deben responder ilimitadamente por las deudas de la sociedad quebrada, se trate de socios solidarios o simplemente mancomunados.

Y por cierto, mejorando y agilizando los procesos judiciales, dando un lugar más preponderante a la oralidad y a la intermediación judicial, para evitar dilaciones innecesarias para que las acciones de responsabilidad, de recomposición patrimonial y, en general, la quiebra misma, no se eternicen y cumplan un rol eficiente en el campo del derecho patrimonial.

Es evidente que la extensión de la quiebra al socio con responsabilidad ilimitada no puede ser la regla. Si se sostiene el instituto, este solo debe comprender, conforme lo plantea la denominada *tesis intermedia*, a los socios con responsabilidad ilimitada, en la medida que esta sea a su vez *solidaria*, o sea, que responda por todo el pasivo social, sea esa ilimitación contractual y originaria, derivada o por disposición legal sancionatoria que agrave la responsabilidad del socio, y siempre con excepción de los bienes inembargables e inejecutables (artículo 242, CCyCo.).

Tampoco puede ser la extensión automática, ni debe prosperar sin que la sindicatura previamente se expida sobre la existencia o no de bienes suficientes de la sociedad fallida, pues de otra manera se estaría causando un innecesario perjuicio de tinte netamente sancionatorio, lo que excede el fin natural del proceso falencial que es liquidar los bienes desapoderados para distribuir su producido entre los acreedores.

La interpretación de esta figura, como ya fue expuesto, debe ser restrictiva, dada sus graves consecuencias, porque se trata de extender la falencia a un sujeto y patrimonio distintos de la sociedad fallida que es la deudora directa de tales obligaciones.

Un tema poco considerado es la situación de los acreedores del socio, quienes se van a ver afectados por la declaración de quiebra de su deudor sobre la base de una presunción *iure et de iure*, pues la quiebra refleja no admite defensa alguna al socio afectado, a quien se termina obligando a concursarse (artículo 90, ley 24.522) para salir de esa quiebra derivada, afectando su actividad comercial o profesional, porque todo estado de concursamiento siempre coloca al deudor en una situación de vulnerabilidad económica.

Conspira también la quiebra que regula el artículo 160 de la ley 24.522 con el *principio de conservación de la empresa*, en este caso, en relación a la actividad que alguno de los socios con responsabilidad ilimitada pudiera desarrollar por su cuenta, que se vería afectada por la quiebra de su propietario —el socio ahora fallido derivado—, lo que contradice la corriente de pensamiento actual que busca la protección y la rápida inserción en el mercado del deudor de buena fe —persona humana— en lugar de agravar las cosas con más quiebras.

Una discusión aparte es si le corresponde al derecho concursal algún margen en materia sancionatoria. Sobre esto, que representa en sí todo un tema merecedor de un tratamiento particular y profundo, solo decir que como no todo el campo sancionatorio es resorte del derecho penal, la materia sancionatoria no es ajena al derecho patrimonial al que reporta el *derecho de crisis*.

La cuestión es definir si las *sanciones* aportan algo positivo para lograr un mejor derecho concursal, en el particular, un procedimiento de quiebras más eficaz y eficiente —planteo este también incluye a los demás procesos concursales no liquidatorios—, especialmente en el caso que se viene analizando.

Afirmó el expositor que la quiebra refleja como sanción, aún indirecta, para el socio con responsabilidad ilimitada, se aparta de la idea de favorecer mecanismos de recomposición y reestructuración que permitan un sano equilibrio entre la conservación de la empresa y el legítimo derecho de los acreedores a percibir sus créditos, algo que difícilmente se va a lograr con una adición de quiebras.

Y si se piensa en sanciones patrimoniales, llevar a la quiebra al socio en estos casos no parece muy razonable, especialmente en supuestos como los socios de la Sección IV que ya no responden, en principio, por todo el pasivo social.

Menos aún, cuando se terminan gestando procesos y liquidaciones interminables que muy lejos han quedado de las aspiraciones del legislador de 1995, quien había previsto no más de cuatro meses desde que la sentencia de quiebra quedara firme para realizar los bienes desapoderados (artículo 217, ley 24.522).

Nuestro ordenamiento legal brinda múltiples herramientas para exigir el cumplimiento de las obligaciones, la reparación de los daños y la recomposición del patrimonio del deudor. Frente a todo ello, la extensión de la quiebra a los socios con responsabilidad limitada, de persistir, debe ser el último recurso, porque actualmente no se dan aquellos presupuestos jurídicos sustanciales que orientaron la instalación de este controversial instituto en sus orígenes.

**En segundo lugar, expuso la CPN Fabiana Paula PEREZ sobre la EXTENSIÓN DE QUIEBRA PREVISTA EN EL ARTICULO 161 LCQ. Luego de señalar que “en la** falencia frente a una posible insuficiencia del activo para atender la masa pasiva, la ley 24522 despliega una serie de instrumentos cuyos objetivos son incrementar los fondos a distribuir, en su exposición analizará la quiebra por extensión del art. 161 que es aquella que persigue sancionar, a través de hacerlo responsable de todo el pasivo de otro por quedar encuadrado en las previsiones / pautas de la norma, a quien incurrió en una conducta reprochable que provocó, facilitó, agravó la insolvencia del fallido principal

Ante la posibilidad de iniciar una acción de extensión de quiebra la sindicatura se enfrenta a una serie de desafíos que en el caso de no ser superados de manera adecuada impactarán de manera directa en la utilidad del instituto tal como está redactado actualmente. Es decir, una inadecuada acreditación de los hechos sin el sustento jurídico pertinente impedirá cumplir con la finalidad de la norma que es sancionar a través de hacer responsable a un sujeto de todo el pasivo de otro por quedar el primero encuadrado, según las pautas de la norma, en una conducta reprochable que provocó, facilitó, agravó la insolvencia de este último.

El primer desafío que enfrenta la sindicatura al promover la extensión de quiebra es coleccionar los elementos que prueben que se han configurado algunos de los supuestos previstos por la norma. Dado que la carga de la prueba recae sobre quien promueve la extensión la eficacia y suficiencia de esta, es fundamental no solo para arribar al resultado buscado sino también para hacerlo en un tiempo razonable, cuestión esta última crucial para que la herramienta que provee la ley sea realmente útil a los fines que se persiguen. LA MERA SOSPECHA O CONEXIONES DE HECHOS CONTINGENTES SON INSUFICIENTES, LA PRUEBA DEBE SER POSITIVA

El segundo desafío que enfrenta la sindicatura es determinar de manera precisa y concreta bajo que inciso de la norma se proseguirá la demanda de extensión.

Los errores en los que se puede incurrir son

- a) interponer la extensión cuando corresponde la acción de responsabilidad.

- b) Interponer la extensión bajo un inciso (supuesto) inadecuado
- c) Interponer la extensión de manera vaga o ambigua en los términos de su procedencia.

Dicha equivocación, podrá traer aparejado el rechazo de la pretensión y cargar a la quiebra con las costas del proceso, circunstancia esta última no menor porque no solo no incorporamos masa activa sino porque se generan créditos prededucibles que mermaran aún más los fondos a distribuir entre los acreedores.

El primer paso para recolectar la prueba, consiste en llevar adelante una tarea investigativa que vaya más allá de la razonabilidad de los datos. El síndico debe pasar de una auditoria tradicional a una auditoria forense que llegue a establecer con la mayor precisión posible los actos, hechos o circunstancias que traigan aparejada la extensión de quiebra.

Las fuentes de información para cumplir este cometido en líneas generales serán Libro societarios y contable, sistema contable, documentación de las operaciones, documentación aportada por acreedores o terceros, organismos de contralor, recaudación, registros de la propiedad.

Estos elementos nos permitirán conocer e indagar sobre los orígenes de la empresa, actividad, producto/servicio, mercado, formas de comercialización, vínculos comerciales, empresariales, societarios y de dirección/gestión con otras personas humanas o jurídicas, los activos y pasivos sus características, composición y evolución, la forma de financiarse, entre otros.

De dicha tarea surgirán los HECHOS INDICIARIOS que permitan configurar los actos y/o circunstancias que hagan presumir la actuación en interés personal bajo la apariencia de la actuación de la fallida o el desvío indebido del interés social pergeñado por la controlante.

El ultimo desafío a considerar es el tiempo que tiene la sindicatura para interponer la extensión.

En el caso de que la quiebra del principal sea como consecuencia de un concurso frustrado, la sindicatura habrá contado con más recursos para coleccionar, preparar y analizar los elementos necesarios a fin de promover una eventual extensión de quiebra.

Es imprescindible que en el caso que se verifique alguna de las causales previstas en el Art. 161, estas queden plasmadas en el Informe General.

En la hipótesis de quiebra directa por pedido propio o por un acreedor la tarea se complejiza porque probablemente se disponga de menos elementos y también menos tiempo.

La ausencia de libros y de contabilidad es una constante en este tipo de casos y por lo general los indicios vendrán de la mano de los acreedores y la documentación que presenten en los pedidos de verificación. En ningún caso esa ausencia no puede obrar a favor por lo tanto es necesario poner aún más énfasis en la investigación.

El “pide medidas”, es una herramienta fundamental del síndico y debe ser utilizada no solo para recomponer el activo y ubicar a representantes, directores, socios o accionistas sino para evaluar la existencia de hechos encuadrables en el Art. 161.

**Como cierre de su exposición la contadora PEREZ expuso** que, al poner en crisis el instituto en términos a su utilidad y supervivencia, la primera cuestión que se debe dilucidar es determinar si la finalidad que persigue la norma es SANCIONAR O INCORPORAR ACTIVOS. Es evidente que si se dan ambas circunstancias estamos frente al máximo al cual el legislador pudo aspirar cuando introdujo la norma en la ley. Pero ello no siempre sucede. Si se prioriza la sanción, configurada alguna de las

causas que importan la extensión es deber de la sindicatura instarla. Ello factiblemente importe una carga para el síndico porque es muy probable que su tarea no sea remunerada o si lo es lo sea de manera insuficiente. Por el contrario, si se prioriza incrementar la masa activa ¿es posible que la sindicatura haga una evaluación de las posibilidades de hacer efectiva la manda? En orden a ello es dable colegir que el órgano sindical debería evaluar cuales son los activos que se estima podrían pasar a integrar la masa activa de la quiebra principal. Digo estimar dado que si hay masa separada y el tercero tiene sus propios pasivos solo se tendrá acceso al remanente.

Si la relación **costo** - en términos de dispendio jurisdiccional, gastos, costas y en especial tiempo - **beneficio** - en términos de incorporar fondos en un tiempo razonable - es evidentemente negativa ¿tiene sentido intentar esta acción? o podemos elegir o pensar nuevas formas de hacer efectiva esa responsabilidad. Me inclino por esto último.

A su criterio el análisis de viabilidad de la acción en términos patrimoniales es un elemento que los síndicos le deberían proporcionar al Tribunal para justificar la acción. Agregó que, además, la variable tiempo es fundamental para establecer la viabilidad y supervivencia de la acción. Aquí también habrá que priorizar si se pretende un instituto eficaz o eficiente. En el primer caso, el plazo y los costos en que se incurran no deberían ser determinantes, pero si optamos por el segundo se debería dotar a la ley de herramientas que agilicen sobre todo el trámite por ejemplo utilizando la vía incidental prevista en los artículos 280 a 286 LCQ

Por último, subrayó que resulta fundamental que los síndicos desarrollen herramientas e incorporen metodologías que permitan encarar esta tarea de manera profunda a fin de garantizar el éxito de la acción.

**Exposición del Dr. MIGUEL ANGEL RASPALL:** Comenzó agradeciendo a los organizadores de este Ciclo de Conversatorios y partió de la idea de que este Instituto que hoy analizamos debe ser, al menos, profundamente modificado pues si bien muchas instituciones concursales deben ser reformadas, hubo modificaciones vg. en materia de conservación de la empresa y protección de los trabajadores, pero en particular la extensión de la quiebra no tuvo ninguna modificación en 40 años. Aclaró que va a partir del CONCURSO EN CASO DE AGRUPAMIENTO, que es un instituto en “progreso” a diferencia de la extensión de quiebra que es un instituto “en retirada”, y analizará las vinculaciones con la extensión de quiebra. Enfatizó que la ley de concursos en materia de extensión de quiebra debe ser profundamente modificada, sobre todo porque hubo un cambio de paradigmas y porque la extensión avanza sobre la actividad empresaria que debe ser protegida. Recordó que nuestra ley exige que se presenten conjuntamente todos los integrantes del agrupamiento, cuestionó que no se exija la concurrencia clara y objetiva del presupuesto objetivo en todos los sujetos del grupo, y que simultáneamente también se otorgue la posibilidad de que luego de la presentación conjunta se bifurquen los caminos de cada integrante. Luego de explicar el concepto de conexidad y la acumulación de procesos que permite que una o más empresas se presenten conjuntamente si están afectadas por la insolvencia, se refirió al paso posterior que es la tramitación coordinada entre las mismas, pero con masas separadas. La consolidación patrimonial sustantiva puede existir, pero por excepción siempre que haya confusión patrimonial inescindible o cuando fuera mejor para los acreedores que se consoliden las masas. El disertante consideró que no es coherente el sistema de nuestro concurso en caso de agrupamiento y afirmó que la propuesta unificada no ha resultado útil ni viable. Considera que la propuesta unificada que implica consolidación de pasivos no implica consolidación patrimonial (de activos). Ello así porque solo cuando la ley lo autoriza puede haber confusión patrimonial pero la propuesta única solo significa responsabilización patrimonial por todo el pasivo, pero no confusión de activos. En síntesis, en la

propuesta unificada todas las empresas se responsabilizan por el pasivo de todas, pero si quiebran se mantienen las masas separadas, y si luego de pagar lo propio les queda remanente, contribuyen con el pasivo impago del resto. Por eso propone que el concurso en caso de agrupamiento se mantenga, pero se regule con consolidación procesal de solamente las empresas que se encuentran en cesación de pagos y con masas separadas. O sea, reformarse los arts. 65 a 68 LCQ.

En definitiva, luego del análisis comparativo entre las regulaciones de nuestra norma concursal y las Recomendaciones y leyes del derecho comparado del siglo XXI, concluyó afirmando que, si bien la ley 24522 fue en muchos aspectos de avanzada, a la fecha y con el cambio de los paradigmas, principios y tutelas en juego, es necesario reformarla para adaptarla a las necesidades actuales y hacerlas útiles a los servicios que pueden brindar estos institutos. Concretamente, respecto al concurso por agrupamiento, parece claro que en los términos en que está regulado, no ha sido aceptado por los operadores del derecho y siendo que es un instituto necesario, se hace indispensable su modificación; y con relación a la extensión de la quiebra, la doctrina y la jurisprudencia han marcado claramente las contraindicaciones que este instituto encierra, coincidiendo en que es preferible que las acciones de recomposición patrimonial se deriven hacia las acciones de responsabilidad y no a la extensión de quiebra. El expositor propició la derogación de los incisos 1 y 2 del art. 161, dejando obviamente operativas las acciones de responsabilidad tanto del derecho concursal, como las del derecho societario o las del Código Civil y Comercial, y afirmó que sí es procedente extender la quiebra en los casos de confusión patrimonial inescindible en razón de darse un supuesto de unidad patrimonial (un único patrimonio). También consideró que siguiendo las Recomendaciones de los Organismos internacionales y el ejemplo de diversas leyes del derecho comparado que merecen ser analizadas, en una futura reforma de la ley de concursos se puede establecer expresamente la formación de masa única en otros supuestos, dejándole al juez la facultad de analizar la conveniencia procesal y material que resultarían de la consolidación patrimonial.

Se abrió luego el debate entre los asistentes que comenzó con una pregunta de la coordinadora a la contadora Fabiana Pérez sobre la tarea de indagación que debe hacer la sindicatura y las recomendaciones que sugiere al momento de decidir la promoción de una acción de extensión de quiebra. La contadora Pérez sostiene que, aunque la ley no lo diga, la sindicatura debe evaluar que activos sería posible traer para satisfacer a los acreedores. Si el beneficio sería inexistente o improbable, debe informarlo al juez. También intervinieron en el debate la Dra. Silvana García, el Dr. Miguel Raspall, el Dr. Fernando Marcos, el Contador Raúl Nisman, el Dr. Rubén Morcecian y el Dr. Mario Holand, la contadora Kurlat y la contadora Forencia Corrado. El Dr. Nisman explicó las razones por las cuales él propicia se mantenga el instituto de la extensión de quiebra, ejemplificó sobre la evaluación previa que debe hacer el síndico y concluyó que debe hacerse una “auditoría forense” y mantenerse la extensión porque hay casos en los cuales arroja beneficios. El Dr. Rubén Morcecian adhirió a la posición del contador Nisman: acepta se actualice el instituto y coincide con el contador Nisman en que debe mantenerse pues el ejercicio profesional le ha demostrado que hay muchos casos en los cuales se configuran los supuestos del art. 161. El Dr. Mario Holand reflexionó y pregunto sobre la automaticidad de la quiebra refleja del art. 160. En definitiva, del intercambio de opiniones surgió que los síndicos y las síndicas presentes sostienen la utilidad del instituto y propician su supervivencia, mejorándolo y desarrollando técnicas de investigación y auditoría por parte de la sindicatura.

**EL PROCESO DE REORGANIZACIÓN CONCURSAL DE ESTADOS UNIDOS (CHAPTER ELEVEN DEL UNITED STATES CODE). COMPARACION CON LOS PROCEDIMIENTOS EXTRAJUDICIALES DE REORGANIZACIÓN**

**Héctor José MIGUENS**

**Resumen:** El presente trabajo estudia una parte del sistema concursal de los Estados Unidos que abarca las soluciones preventivas de la quiebra en ese país, que pretende preservar y virtualmente salvar a la empresa de su desaparición económica y jurídica y es conocido por el nombre de su respectivo capítulo, el *Chapter Eleven* o *Capítulo Once* del *Title Eleven* del *United States Bankruptcy Code*, una norma concursal federal que engloba numerosas materias en sus distintos capítulos.

El *Chapter Eleven* tiene por objeto establecer un proceso concursal de “reorganización” de la empresa en crisis o en estado de cesación de pagos (“*Reorganization Procedure*”) a fin de sanearla económica o financieramente, solucionar el problema económico o financiero, facilitar su continuación empresarial y así librarla de su liquidación judicial forzosa, solución última reglada en el *Chapter Seven* de ese Código Concursal federal.

Este trabajo constituye una comparación entre el *Chapter Eleven* y los procesos extrajudiciales de reorganización empresarial y reestructuración de deuda en los Estados Unidos.

Al respecto este trabajo aborda los temas relativos a la elección alternativa de ambos procedimientos, sus ventajas e inconvenientes, los distintos procedimientos extrajudiciales estatales no federales del país de reestructuración de deuda, el *management* de la empresa en crisis, la negociación con los principales prestamistas con preferencias, la negociación con los pequeños acreedores y la utilización de especiales técnicas de financiación postconcursal.

En la parte conclusiva se realiza una valoración crítica de estas instituciones.

**Palabras clave:** derecho concursal – reorganización empresarial – capítulo once del Código de Bancarrotas de Estados Unidos – procedimientos extrajudiciales – procedimientos preventivos de la quiebra

**Abstract:** This paper examines a part of the Bankruptcy law of the United States which deals with preventive solutions from liquidation in that country, which aims to preserve and virtually save the company in its economic and legal entity and is known by the name of its respective chapter, the Chapter Eleven of the Title Eleven of the United States Bankruptcy Code, a federal bankruptcy rule that includes many institutions in its various chapters.

The Chapter Eleven establishes an insolvency process of "Reorganization" of the company in crisis ("Reorganization Procedure") in order to solve the economic or financial distress and keep the business alive and so prevent it from its compulsory liquidation, formal ultimate solution regulated in Chapter Seven of the federal Bankruptcy Code.

This paper is a comparison between of Chapter Eleven and Out-of-Court processes of business reorganization and restructuring of debt in the United States.

This work addresses the alternative choice of one of both procedures, their advantages and disadvantages, the different local (nonfederal) procedures of debt restructuring, the management of the company in crisis, the negotiations with major lenders, the negotiation with small creditors and the use of special financial techniques of the debtor.

In the final part of the paper the author makes a critical evaluation of the analyzed institutions.

**Key words:** Bankruptcy Law – United States – Reorganization procedure – *Chapter Eleven* – Out of court restructurings.

**Terminología utilizada. Advertencias preliminares.**

He procurado mantener los vocablos y expresiones típicas del derecho concursal y societario estadounidense en inglés. Por ello en muchos casos no han sido traducidas al castellano para brindar un exacto panorama terminológico propio del derecho concursal (federal) y del derecho societario (mayoritariamente local o estatal) en los Estados Unidos. En su caso he provisto su correspondiente explicación.

Cuando hablo de derecho “norteamericano”, “americano” o “estadounidense” me refiero al derecho concursal federal de Estados Unidos. Mientras que las normas concursales de ese país son federales, las normas de derecho societario aplicables al caso concursal son predominantemente locales, pertenecientes a cada uno de los cincuenta Estados. Asimismo, quedan englobadas las distintas instituciones de cada Estado sobre negociación de deuda y sobre reorganización extrajudicial empresarial.

Cuando hablo de “Reorganización”, *Chapter Eleven*, “Capítulo once”, “*Chapter 11*”, etc. me estoy refiriendo al proceso de “*Reorganization*” legislado en el “*Chapter Eleven*” o “*Capítulo Once*” del *United States Bankruptcy Code* (U.S.C., por sus siglas en inglés). Las normas referidas al *Chapter 11* del *U.S. Bankruptcy Code*, serán enunciadas como U.S.C. precedido del número 11 (o el número del capítulo que corresponda citar perteneciente a los restantes capítulos de ese cuerpo normativo, cuyo acrónimo es U.S.C.), seguido del párrafo, parágrafo, “*Section*” o artículo correspondiente.

Por la “*1994 Amendments*” me refiero al *Bankruptcy Reform Act* de 1994, Pub. L. número 103-394, 108 Stat. 4106, codificado en algunas *Sections* dispersas en 11 U.S.C., del 18 U.S.C. y del 28 U.S.C.

Por las “*2005 Amendments*” me refiero al denominado *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act* de 2005, Pub. L. número 109-8, 119 Stat. 23, codificado en algunas *Sections* dispersas en 11 U.S.C., 18 U.S.C. y 28 U.S.C.

“*Bankruptcy Code*” es el *Bankruptcy Reform Act* de 1978, Pub. L. número 95-598, 92 Stat. 2549, codificado en 11 U.S.C. §§101-1532, reformado el 20 de abril de 2005.

“*Exchange Act*” significa la *Securities Exchange Act* de 1934, ch. 404, 48 Stat. 881, codificado en 15 U.S.C. §§ 78a-78mm, modificado el 15 de mayo de 2006.

“*IRC*” significa el *Internal Revenue Code* de 1986, Pub. L. número 99-514, 100 Stat. 2085, codificado en 26 U.S.C. §§1-9833, modificado el 31 de diciembre de 2005.

“*SEC*” significa la *Securities and Exchange Commission*, órgano de aplicación de los títulos denominados “*securities*”.

“*Securities Act*” significa la *Securities Act* de 1933, ch. 38, 48 Stat. 74, codificado en 15 U.S.C. §§77a-77aa, modificado el 15 de mayo de 2006.

El término “*Statutes*” ha sido traducido como “*estatutos*” o “*normas estatutarias*”. Se refiere a cuerpos normativos específicos de derecho sancionados por los distintos Estados de la Unión o bien por el gobierno federal, que forman parte del plexo normativo aplicable conjuntamente con las sentencias judiciales, sean estatales o federales.

He seguido la forma norteamericana de citar la legislación, doctrina y la jurisprudencia. Esta forma de citar (abreviaturas de los títulos de las revistas, etc.) está tomada del *Bluebook*, normativa de citación aceptada en todo el país, en el que se explican sus elementos.

El término “*Section*” se refiere a las normas contenidas en estatutos normativos específicos, lo que equivale a “artículo” de nuestros ordenamientos. En su caso he indicado con un número seguido por un punto, como es usual en el sistema norteamericano, o bien mediante el signo de párrafo (§).

## I. INTRODUCCIÓN. OBJETO DE ESTE TRABAJO

Las empresas pueden encontrarse en una situación de bonanza económico-financiera (es decir “*in bonis*”) o bien tener dificultades financieras transitorias o perder la sustentabilidad económica. Para solucionar estos problemas los operadores jurídicos han ido perfilando los ordenamientos concursales a lo largo del tiempo. Uno de los sistemas concursales más proficuos, eficaces y pragmáticos lo constituye el sistema concursal norteamericano.

En el presente trabajo haré referencia tangencialmente a una parte de ese ordenamiento concursal de Estados Unidos, que abarca las soluciones preventivas de la quiebra que pretende salvar a la empresa de su desaparición económica y jurídica y es conocido por el nombre de su respectivo capítulo, el *Chapter Eleven* o *Capítulo Once* del *Title Eleven* del *United States Code*, una parte de la norma concursal federal que engloba numerosas materias en sus distintos capítulos.

Existen obras que tratan aspectos particulares del *Chapter Eleven* y obras que hacen críticas (especialmente desde la cosmovisión del “*Law and Economics*” approach) y han propuesto reformas a esta parte del Código Concursal. En contraste, otros autores son claros defensores de este proceso concursal. Luego de un estudio de tres años por parte de una Comisión de numerosos expertos concursales estadounidenses, en diciembre de 2014 ha sido publicado el Informe del *American Bankruptcy Institute*, la principal entidad que nuclea a los profesionales de la insolvencia en los Estados Unidos, acerca de las propuestas de reforma del *Chapter Eleven* para el Poder Legislativo, documento de unas cuatrocientas páginas de extensión y con casi mil cien notas de fuentes y antecedentes previos.

El *Chapter Eleven* tiene por objeto regular un proceso concursal de “reorganización” de la empresa en crisis o en estado de cesación de pagos (“*Reorganization Procedure*”) a fin de sanearla económica o financieramente, solucionar el problema económico o financiero, facilitar su continuación empresarial y así librarla de su liquidación judicial forzosa, solución final reglada en el *Chapter Seven* de ese Código Concursal. Excepcionalmente el *Chapter Eleven* prevé casos de liquidaciones de bienes parciales o totales en condiciones más ventajosas que los otros procedimientos liquidatorios en el derecho de los Estados Unidos.

Este trabajo constituye una comparación entre los procedimientos establecidos por el *Chapter Eleven* del *United States Code* y las normas referidas a los procedimientos colectivos extrajudiciales, (usualmente denominados “*Out of Court Restructurings*” o simplemente “*Workouts*”, entre otros) en el derecho norteamericano y aborda los temas relativos a la elección alternativa de ambos procedimientos, con sus ventajas e inconvenientes, la negociación con los principales prestamistas con preferencias, la negociación con los pequeños acreedores y la utilización de técnicas de financiación postconcurzal. En este trabajo he seguido la sistemática de los autores norteamericanos respecto de los tópicos tratados y en el modo de hacerlo, lo que tiene importantes diferencias sistemáticas comparadas con otros países del sistema continental europeo.

Los procesos concursales norteamericanos de reestructuración tanto de la empresa en cuanto organización económica como de su pasivo han cambiado drásticamente con la reforma general de 1978 del *United States Bankruptcy Code*, norma federal que regula uniformemente la materia concursal en todo el país. Hoy en día esta regulación se ha expandido de modo amplio de manera tal que es necesaria una tarea de complementación profesional en materias tan dispares como, por ejemplo, los procesos extrajudiciales, los "*Prepackaged Proceedings*", los "*Securities*", el sector bancario, los procesos judiciales activos y pasivos del deudor, los derechos reales, los impuestos, las cuestiones medioambientales, laborales y jubilatorias y, finalmente, no sólo las cuestiones nacionales o domésticas sino también las multinacionales.

Sin duda que un proceso ordenado y justo que gobierne los momentos de crisis o cesación de pagos de una empresa constituye una herramienta integral y necesaria para economías del sistema de mercado capitalista a fin de lograr no sólo la subsistencia de una empresa con posibilidades de continuar -en lugar de su automática liquidación- sino también la posibilidad de inyección o recolección de nuevos capitales para una economía cuya expectativa es lograr un crecimiento sostenido. Ello sin perjuicio de ulteriores consideraciones no meramente materialistas, sino de orden ético y, dentro del mismo, también de consideraciones sobre el bien común que se encuentra involucrado en la actividad empresarial en reorganización, como parte de la ética social.

Como surge de la jurisprudencia americana la amplitud de la situaciones de crisis incluye casos de empresas saludables que tienen una abultada deuda financiera de corto y mediano plazo, hasta negocios que deben ser drásticamente reestructurados, reorganizados o diversificados o bien empresas que súbitamente se han visto envueltas en deudas originadas por responsabilidades patrimoniales derivadas de demandas colectivas tales como por ejemplo las originadas por sustancias cancerígenas, dispositivos intrauterinos, tabaco o drogas. Incluso los objetivos del legislador y de la jurisprudencia incluyen la promoción de la evitación del acogimiento de la empresa a las normas concursales de este *Chapter Eleven* en beneficio de lograr un arreglo extrajudicial de la crisis, ya que las partes interesadas están en condiciones de juzgar cuál de los dos procedimientos les es más beneficioso y en la mayoría de los casos ellas son reacias a acudir a los tribunales.

La tendencia al individualismo propio del sistema económico estadounidense, sin embargo, ha finalizado por rechazar la idea -en sede principalmente del poder legislativo nacional- de que el objetivo del *Chapter Eleven* es lograr preponderantemente la liquidación de una empresa en 90 o 180 días, principalmente por razones como, por ejemplo, la dificultad para acceder a préstamos de capital, su creciente costo financiero, los limitados costos causídicos del proceso en comparación con otros procesos y la eficacia de la actividad de los comités de acreedores que ahorran grandes costos de negociación realizada por profesionales. Por el contrario, las razones económicas para apoyar las normas e instituciones del *Chapter Eleven* han prevalecido frente a los costos y gastos del proceso, evitando por otra parte innecesarias liquidaciones en detrimento patrimonial de los interesados.

Algunas de las instituciones legisladas en el *Chapter Eleven* han sido adoptadas con modificaciones por algunos países europeos, americanos y asiáticos, por lo que puede decirse que han constituido ejemplos para la regulación de nuevos problemas de la dinámica concursal. Esto ha sido constatado en las nuevas normas concursales sancionadas en los últimos años por España, Italia, Alemania, China, Chile y Brasil, entre otros. Uno de esos ejemplos es, por ejemplo, el instituto del *Cramdown* en el sistema concursal argentino.

En su caso también haré referencia tangencial a los distintos ordenamientos locales de los Estados de Estados Unidos que regulan sistemas de cobro, negociación y reestructuración de deuda, y que conviven con el sistema concursal federal de este país.

## II. SOBRE LA ELECCIÓN ALTERNATIVA ENTRE EL PROCESO DEL *CHAPTER ELEVEN* Y LOS PROCEDIMIENTOS EXTRAJUDICIALES EN ESTADOS UNIDOS.

Frente a la crisis o estado de cesación de pagos, la empresa tiene dos alternativas: la liquidación de sus bienes y consecuente satisfacción –en la mayoría de los casos en una pequeña proporción de las deudas- de los acreedores con su producido, o bien la superación de la crisis o cesación de pagos reestructurando su estructura empresarial, reestructurando su pasivo o reestructurando ambos. Para alcanzar la segunda alternativa las partes prefieren acudir a técnicas de negociación en procedimientos informales extrajudiciales conocidos como “*Consensual Restructurings*”, “*Out-of-Court restructurings*”, o también “*Workouts*”, “*Extensions*”, “*Compositions*” y, en el caso de que fracasen, acuden a la alternativa del proceso judicial formal regulado en el *Chapter Eleven* del *United States Bankruptcy Code*, norma federal que regula la materia concursal.

Dentro de los procedimientos no liquidativos los operadores jurídicos consideran como solución satisfactoria preeminentemente a los arreglos extrajudiciales como naturales y más convenientes y sólo excepcional o subsidiariamente a los procesos judiciales preventivos de la quiebra, conforme surge de la jurisprudencia analizada y la experiencia alcanzada por los Estudios Jurídicos de abogados especializados en la materia concursal. Debe aquí destacarse que en los Estados Unidos las partes interesadas adjudican una marcada preponderancia a los sistemas extrajudiciales previos y preventivos de los judiciales a fin de solucionar un conflicto, lo que también se verifica en la materia concursal.

El “*Consensual Out-of-Court Restructuring*” o “*Workout*” puede ser definido como un proceso no judicial a través del cual la empresa que se encuentra en dificultades financieras, arriba a un acuerdo con sus acreedores más significativos para ajustar las obligaciones de la misma. Dado que la determinación de las causas de la crisis y sus posibles soluciones lleva tiempo, las reestructuraciones consensuales son típicamente un proceso lento (para los estándares de los plazos estadounidenses, que son más cortos que los frecuentemente se verifican en otros países). Frecuentemente, la apreciación del problema por los directores de la empresa es contrario o contradictorio con la visión de los acreedores participantes en la negociación y por ende los segundos intentarán influir en los primeros a través de la designación de profesionales tales como contadores, abogados y otros consultores, todo a cargo de la empresa. Sobre cuáles acreedores participarán ello dependerá de la naturaleza del problema económico o financiero, pero para lograr el éxito del arreglo se requiere la participación de los principales prestamistas, los mayores proveedores y, dependiendo de las circunstancias, otras organizaciones o entidades tales como los sindicatos y organismos gubernamentales. La orquestación de la negociación puede sufrir demoras. En muchos casos el Directorio o la dirección empresarial pueden dudar antes de negociar, a fin de elaborar y testear su propia propuesta de reestructuración. Frecuentemente los directores piensan que si la primera propuesta es justa será aceptada por los acreedores, pero en la realidad la “primera oferta” suele ser considerada por los acreedores sólo como tal, es decir, una propuesta inicial para comenzar la negociación. Por lo general se considera que el arreglo extrajudicial es más beneficioso para la empresa que las posibilidades que ofrece el *Chapter Eleven* judicial, más allá de las dificultades que deben ser superadas para arribar al mismo.

Estadísticamente se ha demostrado que aproximadamente la mitad de todas las reestructuraciones empresariales son producto de un arreglo o composición extrajudicial.

### III. PREPACKAGED CHAPTER ELEVEN

Como parte de las alternativas extrajudiciales cabe mencionar las instituciones que giran alrededor del denominado "*Prepackaged Chapter Eleven*". Tomada de la jerga propia de las comidas rápidas preparadas con anticipación a la venta, en esta materia se denomina "*Pre-Packaged Plan*" a aquél que es negociado y acordado por los empresarios y los abogados especializados en concursos con anticipación al comienzo formal del proceso del *Chapter Eleven*, con frecuencia antes de que la crisis tome estado público. Este es un acuerdo extrajudicial logrado entre el deudor y los principales financistas y algunos acreedores pero que necesita la aprobación judicial a fin de asegurarse la virtual aceptación del resto de los acreedores a sumarse al arreglo, ya que no fue lograda la unanimidad de la aceptación de los acreedores. Si hubiera unanimidad no sería necesario el proceso concursal. La idea básica de esta institución es que mucho de la negociación que se da en el *Chapter Eleven* puede realizarse exitosamente antes del comienzo del proceso concursal.

En este período la empresa arregla la financiación postconcurzal, identifica los contratos que asumirá o rechazará, negocia con los acreedores cuánta deuda podrá ser dada por cancelada o perdonada para que pueda sobrevivir la empresa y, de modo más crítico, la empresa debe elaborar un plan empresarial realista para su propia recuperación o reorganización futura de modo tal que sea creíble su continuación a los ojos de los prestamistas postconcursoales. Dado que las negociaciones y acciones precursoales están orientadas al cumplimiento de los objetivos y requerimientos de la ley concursal, los tribunales suelen revisar si ellas son legalmente adecuadas. Concordantemente la *Section 1126(b)* del Código de Bancarrotas establece que la votación precursoal será ratificada si ella reúne los requisitos legales y la §1125(a) establece que los votos así obtenidos obligarán a los acreedores y pueden ser usados en sede concursal para confirmar el plan. Para facilitar las cosas algunas regulaciones locales (como por ejemplo la de Delaware y el Distrito Sur del Estado de Nueva York) disminuyen las exigencias sobre publicidad propias del procedimiento ordinario del *Chapter Eleven* para este procedimiento de "*Pre-Packaged Plan*". La velocidad de este procedimiento puede ser muy rápida, de modo tal que puede durar treinta días o menos, solucionando de esta forma la negatividad que puede tener la publicidad de una bancarrota de una empresa, que es lo que justamente procura este proceso. No obstante esto, si bien los abogados del mismo aducen la rapidez y los bajos costos, no todos lo encuentran favorable, especialmente aquellos acreedores que no negociaron su crédito o que incluso se opusieron al plan del deudor y ven terminado el proceso antes de que comience en sede judicial.

En apretada síntesis pueden señalarse las principales características de esta vía extrajudicial o prejudicial en estos términos:

- El deudor intenta arribar a un arreglo con los principales acreedores en un marco semejante al institucionalizado en el proceso judicial del *Chapter Eleven*, incluyendo anticipadamente una declaración de intención destinada a obtener la conformidad de los acreedores, un ofrecimiento de pago y un plan de reorganización empresarial.
- Cuando termina toda la actividad preliminar el deudor iniciará su proceso de *Chapter Eleven* junto con su plan de reorganización, sus declaraciones informativas a los terceros, las aceptaciones de los acreedores y peticionará al juez concursal la audiencia con los acreedores para discutir sobre

la adecuación de sus declaraciones informativas a los terceros, la aprobación de lo actuado y la confirmación judicial de su plan de reorganización.

- No obstante que el estatuto del *Chapter Eleven* no se refiere expresamente al “*Prepackaged Chapter Eleven*” en esos términos, los autores han encontrado su equivalente estatutario en las *Sections 1125 y 1126 del Bankruptcy Code* ya que el primero se refiere a la revelación adecuada de información a terceros antes de la solicitud de la aceptación del plan y el segundo regula el procedimiento necesario para la adecuada aceptación del plan.

- En este estado es necesario un adecuado y profundo intercambio de información entre el deudor y los acreedores que les permita tomar decisiones con sólidos fundamentos sobre los negocios y sobre la suerte de sus créditos y de la propuesta ofrecida en el plan a fin de lograr su aprobación.

- Para que la revelación de la información sea adecuada al objetivo de la institución los tribunales han brindado una lista de factores a evaluar, a saber: descripción de los activos disponibles y su valuación, información financiera que permita a los acreedores evaluar la propuesta y decidir la conformidad, análisis del caso de liquidación y una descripción del plan.

- Durante el acuerdo negociado entre el deudor y los acreedores las partes acuerdan una reunión, junta o asamblea con los principales acreedores de diversas clases que se verán afectados por la reestructuración de la deuda. En esta reunión se forman comités informales o no oficiales con los representantes de los acreedores seleccionados que negociarán el acuerdo sobre el plan. Si no se cumple con las provisiones de la *Section 1126 del Bankruptcy Code* el *Prepackaged* plan se verá perjudicado.

- El plan debe reunir todos los requerimientos del *Bankruptcy Code* y el deudor debe seguir las restantes normas aplicables.

- Un caso fallado en 1991 ha proporcionado un plexo normativo rico en un caso de una empresa de envergadura nacional, que condujo una transacción financiera de “*Leveraged Buyout*” (LBO) que englobó temas como una venta de capital accionario, un proceso de “*Due Dilligence*” llevado a cabo por un comité de tenedores de deuda, una propuesta de plan de reorganización empresarial y la legalidad de la votación del plan.

- Una de las notables ventajas del “*Pre-Packaged Plan*” es su menor duración en el tiempo comparado con el proceso del *Chapter Eleven*. Es común que el primero tome entre 30 y 120 días, mientras que el segundo suele durar al menos un año y frecuentemente entre dos y tres años. Asimismo, los honorarios y gastos son notoriamente menores en el primero respecto del segundo, ya que son necesarias muchas más tareas profesionales jurídicas y económicas.

- El comienzo del proceso del *Chapter Eleven* puede amenazar el éxito económico de la empresa, dependiendo éste del rubro y envergadura de la misma. Frecuentemente ese proceso acarrea una pérdida de confianza de los terceros en el futuro de la empresa, especialmente de los acreedores y clientes y la emigración o dificultad para contratar personal clave en el desarrollo empresarial (especialmente gerentes y directores de la empresa), como ocurre en las empresas de servicios, agencias de publicidad, empresas de logística y distribución, agencias de viajes, etc. El estigma concursal tiene su efecto traducido en una mayor dificultad de las relaciones económicas de la empresa, a veces sólo por el mero hecho de haberse concursado.

- Dentro del proceso del *Chapter Eleven* a veces se han dado “*Hostiles Takes Overs*” (“Tomas de control hostiles”) que han culminado con el cambio de dueño de la empresa deudora, como

ocurrió en el caso de *Macy's*, una gran tienda minorista, en el que un tercero pagó más que lo que el deudor podía ofrecer a cambio de asumir la titularidad de la empresa. Esto ocurrió luego de que fuera rechazado el plan propuesto por el deudor. Este riesgo de cambio de titularidad de la empresa de modo no voluntario no ocurre en el *Prepackaged Chapter Eleven*.

- En este proceso el deudor tiene mayor libertad de movimientos, ya que el Directorio conserva plenamente sus facultades de gobierno y administración comercial (al igual que en el *Chapter Eleven*), pero no está sometido a la vigilancia, supervisión y monitoreo pormenorizados de los distintos comités de acreedores y del propio juez concursal, que debe autorizar los actos que no sean propios del curso ordinario de los negocios, como ocurre en el *Chapter Eleven*.

- El peligro o dificultad para el éxito del *Prepackaged Chapter Eleven* radica en los siguientes hechos o situaciones, a saber:

- a. Identificación de las partes interesadas a las que se debe notificar las dificultades económicas de la empresa y negociar las condiciones futuras de la financiación y pago.

- b. Suspensión del crédito por parte de los acreedores. En algunos casos de procesos de *Chapter Eleven* los deudores han obtenido –de modo claramente excepcional- una “*First Day Order*” (medidas inmediatas o preliminares emitidas en los primeros días del concursamiento) consistentes en la autorización de la continuación del pago de determinadas deudas anteriores al concurso a fin de posibilitar la continuación de las operaciones empresariales, por un corto plazo. Estas medidas son excepcionales y limitadas a proveedores esenciales para la continuación empresarial y muchas veces habiéndose logrado un compromiso de continuación de la provisión del bien o del servicio al deudor durante el proceso del *Chapter Eleven*. Estas medidas son propias del *Chapter Eleven*, pero en los *Prepackaged* en algunas oportunidades el deudor negoció con estos determinados acreedores esenciales con éxito.

- c. Posibilidad de algún acreedor de obtener una apertura concursal involuntaria del deudor, conforme la *Section 303 del Bankruptcy Code*, a fin de detener el transcurso del tiempo para evitar o recuperar bienes enajenados por transferencias con preferencias o fraudulentas (conforme las *Sections 547 y 548 del Bankruptcy Code*); o bien colocar al deudor bajo supervisión judicial en casos de sospecha de actos fraudulentos, mala administración o desatención de los acreedores; o, finalmente, impedir al deudor la implementación de un arreglo extrajudicial perjudicial o no razonable para todos los acreedores. No obstante que el proceso concursal involuntario provocará el comienzo prematuro de la faz concursal judicial, ello no destruye la posibilidad del deudor de reorganizarse antes de la liquidación definitiva. Por ejemplo, un proceso involuntario conforme el *Chapter Seven* (de liquidación) puede convertirse automáticamente en un proceso concursal de *Chapter Eleven* (de reorganización) conforme la *Section 706 del Code*. Las desventajas de este concursamiento son la desaparición del *Prepackaged* como una alternativa, la elección del tribunal competente por los accionantes, y la sorpresa para el deudor, que puede estar desprevenido respecto de la preparación de sus empleados, proveedores y clientes para el evento.

#### IV. COMPOSITIONS, EXTENSIONS Y WORKOUTS

Conforme Ferriell y Janger, los denominados “*Compositions*” y “*Workouts*” son métodos extrajudiciales de negociación y arreglo de deudas entre el deudor y sus acreedores que tiene sus raíces en el *common law* contractual. El término “*Workout*” designa un acuerdo entre el deudor y un acreedor, o más propiamente, entre el deudor y un grupo de acreedores. El término “*Composition*” se refiere a un acuerdo entre el deudor y la totalidad de sus acreedores o al menos

a la totalidad de los acreedores más significativos, cuyo contenido está dado por una quita en el monto de la deuda o un aplazamiento de las obligaciones con plazos más extendidos en el tiempo. No obstante, esta aproximación a una definición, esta terminología no tiene un sentido legislativamente unívoco y suelen usarse sin mayores precisiones. Lo cierto de estas expresiones que designan la institución, no es la precisión terminológica sino su substancia legal y su sentido práctico. La problemática de ambos se refiere a dos elementos: la llamada “*Consideration*” contractual entre las partes, (es decir, la referencia a las contraprestaciones del acuerdo) y a los efectos frente a terceros (que no participaron en el acuerdo). Si el acreedor acepta una quita o espera en la deuda para el futuro y se obliga a continuar proveyendo sus bienes o servicios al deudor y éste sólo se limita a cumplir una parte de sus obligaciones preexistentes, en tales condiciones puede no existir una suficiente “*Consideration*” en el contrato de acuerdo entre las partes, por lo que el mismo puede devenir inejecutable conforme la norma del *Uniform Commercial Code, Section 2-209* (2002). Para que esto no ocurra el deudor debería mejorar su posición, por ejemplo, ofreciendo una nueva garantía inmobiliaria o mobiliaria a tal acreedor, pero esta transferencia puede ser impugnada en sede concursal si fue realizada en el período de tiempo de 90 días anteriores al comienzo del proceso concursal. Para solucionar esto, en muchos “*Workouts*” las partes acuerdan no liberar al deudor de todas sus obligaciones hasta 90 días después del último pago conforme el acuerdo.

Una “*Composition*” multilateral entre el deudor y muchos de sus acreedores es más complicado, no sólo por el número de éstos sino también ya sea por tener o bien por carecer de garantías reales sobre bienes del deudor, lo que puede generar desconfianza hacia él y entre los mismos acreedores. Cuando los acreedores arriban a acuerdos entre ellos aceptando quitas o esperas en pro de mejorar la posición del deudor común no existe el mencionado problema respecto de la “*Consideration*”. Pero el principal problema es lograr arribar a un acuerdo con la totalidad de los acreedores, condición para que el acuerdo sea ejecutable. Cualquier acreedor rebelde o recalcitrante puede echar por tierra la negociación si exige más de lo que el deudor puede cumplir o embargar bienes esenciales para el giro comercial. Esta es la mayor debilidad del “*Workout*”. Sin embargo, a pesar de que el *Chapter Eleven* prevé mecanismos para imponer una solución consensuada por la mayoría de los acreedores a los acreedores resistentes y una valuación razonable de los bienes del deudor, las “*Compositions*” ofrecen algunas ventajas respecto del mismo, entre los que cabe mencionar los menores costos para el deudor, la no exposición pública a terceros de la situación económica del deudor y el no sometimiento del deudor al escrutinio y control judicial. Las “*Compositions*” y el proceso del *Chapter Eleven* no se excluyen mutuamente. En los casos de los “*Prepackaged Chapter Eleven*” el deudor que consigue las mayorías necesarias de acreedores aceptantes del acuerdo en los términos de la *Section 1126* del *Bankruptcy Code* puede presentar luego el plan aceptado en sede judicial antes del comienzo del juicio ante el juez y ante los restantes acreedores para su confirmación judicial, que, en tales condiciones, es más fácil que sea aprobado.

Numerosos deudores han solucionado sus problemas económicos o financieros mediante los *Workouts*, en una proporción cercana al cincuenta por ciento de todas las reorganizaciones empresariales en los Estados Unidos. Autores como Tabb engloban terminológicamente al “*Workout*” como el género conceptual de arreglo contractual privado extrajudicial y a otros acuerdos semejantes como la “*Composition*” y la “*Extension*” como especies del mismo. Este autor describe la “*Composition*” como un contrato entre el deudor y dos o más acreedores al que adhieren otros acreedores participantes en la negociación, por el cual aceptan un pago menor al total de sus créditos. Una “*Extension*” es un contrato entre el deudor y al menos dos o más acreedores al que adhieren otros acreedores por el cual se le concede una extensión en el tiempo o espera en el

repago de los créditos. Ambos institutos pueden combinarse y entonces constituyen una quita y una espera simultáneamente.

Este acuerdo es oponible a todas las partes y produce un “*Discharge*” de todas las obligaciones, sin que esto contradiga la regla del caso inglés *Foakes v. Beer* en virtud del cual se estableció que la necesaria “*Consideration*” que fundamenta el “*Discharge*” de una obligación no existe cuando el acreedor acepta un pago menor que el total de la deuda no disputada y líquida. Esto es así por una parte por haberse pactado con al menos dos acreedores y por otra parte, la “*Consideration*” de este contrato consiste en las mutuas promesas de aceptación de un importe menor que el total de la deuda y la renuncia o abstención de ulteriores gestiones extrajudiciales o judiciales de cobro de la misma contra el deudor. No obstante esto, a mayor abundamiento, algunos Estados de Estados Unidos han rechazado en el ámbito contractual de los “*Workouts*” la lisa y llana aplicación de la regla del caso inglés de 1884 y han aceptado que incluso con la participación de un solo acreedor el “*Workout*” es ejecutable. El acuerdo puede verse amenazado en su cumplimiento en caso de que un elevado número de acreedores que no lo hayan aceptado agredan patrimonialmente al deudor, especialmente cuando el deudor haya arreglado de modo desigual (es decir de modo distinto a acreedores del mismo rango o categoría) con algunos de los acreedores aceptantes del acuerdo. A fin de evitar estos problemas los acreedores pueden incluir una cláusula que exija un porcentaje mínimo de acreedores participantes. Una cuestión importante es qué ocurre con los derechos de los acreedores si el deudor incurre en cesación de pagos antes de haber cumplido totalmente con lo acordado. Se plantea la existencia o no de la novación de las obligaciones y si los acreedores pueden ejecutar los bienes del deudor por los montos originarios o no. Algunos autores afirman que las condiciones obligacionales originarias pueden revivir, mientras que, en cambio, en sede judicial y conforme el *Chapter Eleven*, las deudas han quedado novadas totalmente (“*Discharged*”) en cuanto el plan es aprobado. El principio es que el acuerdo no es oponible a los acreedores que no participaron en el acuerdo y pueden ejecutar los bienes del deudor por la totalidad de la deuda. Esta es una de las debilidades del “*Workout*” y de ahí la necesidad del proceso del *Chapter Eleven* a fin de oponer el acuerdo a los acreedores disidentes conforme la *Section 1131(d)* del *Code*. Sin duda esto será un arma de negociación del deudor y motivará a los acreedores a aceptar las condiciones ofrecidas en el acuerdo extrajudicial. Otra cuestión que puede presentarse es el otorgamiento de especiales garantías sobre todo el patrimonio del deudor a los acreedores aceptantes, no dejando nada para los no participantes.

Las “*Compositions*” y las “*Extensions*” son remedios Estatales o locales, es decir, no federales, que suelen ser utilizados en un contexto de insolvencia, pero hoy lo son en menor medida que en el pasado. La consecuencia sustancial de un acuerdo cumplido es la liberación del deudor de la obligación de realizar ulteriores pagos. La “*Composition*” puede ser invalidada si el deudor ha inducido a error mediante fraude, ha preferido a ciertos acreedores en desmedro de los restantes o se ha involucrado en otros tipos de conducta desviada. En este contexto el *Chapter Eleven* brinda mayores posibilidades de alcanzar las finalidades concursales y posee mayores ventajas que los remedios locales. Sin embargo, el proceso concursal es más oneroso y lento. Si los especiales poderes y controles del juez concursal y de los comités de acreedores no son necesarios (por ejemplo, porque los bienes y obligaciones del deudor son pequeños y los acreedores están de acuerdo) puede ser más conveniente el uso de los remedios locales, que son más silenciosos y pacíficos que el proceso concursal y en muchos casos resultan de crítica importancia para la continuidad de las operaciones negociales del deudor. Sin embargo, esta quietud y la posibilidad de los *insiders* de manipular estos remedios proveen menos defensas contra comportamientos fraudulentos relacionados con el acuerdo, lo que es quizá la razón por la cual ha disminuido su uso

en las últimas décadas. A ello se agrega que son más o menos populares según de qué Estado se trate.

## V. OTROS REMEDIOS COLECTIVOS ESTATALES

Además del *Chapter Eleven*, los *“Prepackaged Chapter Eleven”*, *“Pre-Packaged Plan”*, *“Compositions”*, *“Extensions”* y *“Workouts”*, existen otros procedimientos colectivos estatales no federales de cobro de deudas y negociación de arreglos de forma paralela a las normas federales, que en cada Estado reúnen características y efectos diferentes entre sí y que son dignos de mención. Tales son los *“Assignment for the Benefit of Creditors”* (usualmente llamados “ABC”) y los *“Receiverships”*. El ABC no tiene el efecto de operar la *“Discharge”* de las deudas negociadas con los acreedores, atento la supremacía que tienen las normas concursales federales del *Chapter Eleven* respecto de la novación de las deudas concursales y puede producir un “blindaje” patrimonial a fin de evitar posteriores medidas precautorias y preferencias sobre los bienes del deudor atento que entran bajo la custodia del tribunal (*“Custodia Legis”*). En algunos Estados pueden otorgarse preferencias a determinados grupos de acreedores mientras que en otros Estados esto está prohibido.

El *“Receivership”* constituye el sometimiento de un patrimonio bajo el control judicial de sujetos que normalmente no pueden concursarse conforme los términos del *Bankruptcy Code* (vg. una Iglesia, un comité político, ciertas organizaciones sin ánimo del lucro, un granjero). El *“Receiver”* nombrado por el tribunal queda a cargo de los bienes y negocios del deudor, con poderes de negociación, gobierno y con medidas de protección del patrimonio frente a terceros. A veces pueden ser establecidos por violación de estatutos regulatorios de la actividad del deudor a fin de evitar ulteriores violaciones y facilitar la investigación de la conducta del deudor. Aquí también opera la *“Custodia Legis”* del tribunal. Dada la aplicabilidad de las normas federales concursales esta institución está limitada principalmente a bancos y entidades aseguradoras a fin de lograr el cumplimiento de la reglamentación institucional que los rige, ya que estos sujetos no son concursables.

## VI. VENTAJAS COMPARATIVAS DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL

Sobre los beneficios del acuerdo extrajudicial comparándolos con los del *Chapter Eleven* cabe apuntar aquí los siguientes:

- Si bien el hecho de acogerse al proceso del *Chapter Eleven* en los últimos años se ha visto reducido el estigma que significa el concurso, las negociaciones extrajudiciales preservan la confianza depositada en la empresa por parte de los empleados, vendedores y clientes, incluso frente a las dificultades económicas o financieras. La confianza de los terceros que contratan con la sociedad comercial es un activo intangible importante para la empresa.
- Las negociaciones extrajudiciales son, por otra parte, indicativas de la confianza de los acreedores en el futuro de la empresa que no acude a los tribunales para pedir ayuda. Incluso podría pensarse que en este caso la confianza de la propia empresa en sí misma es mayor que en el proceso judicial, en la que interviene la decisión del juez, ajeno a la empresa.
- Las operaciones empresariales, principalmente las contractuales, no se ven sometidas a publicidad frente a terceros, característica propia del proceso judicial, lo que puede afectar la credibilidad de terceros en la aptitud de continuar sus operaciones comerciales. En este sentido

cabe destacar que la empresa está obligada en sede judicial a revelar sus activos, responsabilidades, reclamos actuales vigentes, “*executory contracts*”, tenedores de bonos o “*securities*”, clientes, prestamistas, proveedores, compradores, estructura financiera, etc., cuya documentación puede ser examinada por cualquier tercero, lo que no ocurre en las negociaciones extrajudiciales. Si bien se puede obtener protección frente a la revelación de algunos tipos de información, las actuaciones concursales son públicas. Asimismo, esta publicidad puede dar lugar a procesos contradictorios en el marco del *Chapter Eleven*, entre las partes (el deudor y acreedores, vendedores, clientes, etc.), lo que puede tener un efecto negativo en el desarrollo ulterior de los negocios de la empresa.

- No obstante lo anterior, para muchas empresas esa publicidad no es un grave problema, sino que es gravoso la obligatoriedad de los directores de realizar declaraciones bajo juramento ante terceros, especialmente acreedores, como ocurre en sede judicial.

- En contraste, en los procedimientos extrajudiciales el deudor puede revelar información empresarial limitándose a lo esencial y puede requerir confidencialidad respecto de la misma al tercero que la conoce. Cabe destacar que la confidencialidad en países como Estados Unidos no sólo es valorada sino también altamente respetada.

- Si bien la negociación extrajudicial puede llegar a ser lenta, es más corta en el tiempo que lo que suele tardar el lograr una confirmación del plan propuesto por el deudor en el *Chapter Eleven*.

- En la negociación extrajudicial el deudor puede limitarse a tratar con los acreedores que juzgue necesarios para la reestructuración, lo que flexibiliza y simplifica los procedimientos necesarios para alcanzarla. Por el contrario, el *Chapter Eleven* somete a todas las partes involucradas a un proceso supervisado por el juez concursal sometido a un conjunto de reglas, entre las cuales se encuentra la obligatoriedad de aprobar judicialmente las medidas empresariales extraordinarias decididas por el deudor y de aprobar la negociación y la aceptación de propuestas formuladas por el deudor, lo que puede dar lugar a incidencias contradictorias y actividad probatoria.

- La complejidad en el *Chapter Eleven* es mayor por cuanto se debe dar intervención en algunas oportunidades no sólo a las partes intervinientes sino también a comités de acreedores institucionales que los representan en el juicio, así como a otros terceros, como por ejemplo sindicatos, entes estatales de aplicación normativa, etc. Esto puede resultar por una parte en un incremento del tiempo y esfuerzo necesarios para la negociación de la suerte de la empresa y por otra parte a un incremento de la agresividad procesal, especialmente de los pequeños acreedores y de los tenedores de títulos o “*securities*”. Por esto la negociación extrajudicial es más expeditiva que el proceso del *Chapter Eleven*. Si bien en ambos casos el resultado de las negociaciones y de la actuación judicial no está asegurado, los costos de transacción del proceso del *Chapter Eleven* aumentan y son superiores a los de la negociación extrajudicial por cuanto el deudor debe hacerse cargo de los honorarios de los profesionales (abogados, contadores, bancos de inversión y otros) designados por él mismo y por los comités de acreedores y otros comités que pueden formarse; y la duración de su actuación es superior.

## VII. CONSIDERACIONES RESPECTO DEL MANAGEMENT DE LA EMPRESA

En el *Workout*, la actividad del directorio se centra en la preparación de un plan viable de reestructuración y de un plan de negocios y documentación de soporte del mismo que deberán ser presentados a los acreedores. Comparativamente, en el *Chapter Eleven* a esas tareas se añaden

otras a los directores de la empresa, cuyo rol se hace más ambiguo. Entre tales tareas pueden mencionarse las siguientes, a saber:

- Dedicarse a mejorar o reestructurar el plan de negocios comerciales de la empresa.
- Instrumentar la ingeniería financiera propia de la situación de la misma.
- Monitorear diariamente las actuaciones propias del proceso judicial.
- Actuar expeditivamente, ya que en el *Chapter Eleven*, dada la necesaria aprobación judicial para las operaciones extraordinarias de la empresa y los eventuales procedimientos contradictorios con las otras partes integrantes del mismo, ello dilatará en el tiempo la ejecución de las decisiones empresariales, lo que puede hacer perder muchas oportunidades de negocios. Lo mismo cabe decir acerca del emprendimiento de nuevos negocios y de exigencias propias de la competencia empresarial en el mercado.
- La posición de los directores en el caso del *Chapter Eleven* asume otros deberes fiduciarios para con los acreedores, añadidos a los otros deberes fiduciarios cuando la sociedad está “*in bonis*”, especialmente en materia de “preferencias anulables” (“*Voidable Preferences*”) y de “transferencias fraudulentas” (“*Fraudulent Conveyances*”), en virtud de los cuales pueden verse obligados a ir contra los intereses de partes constituyentes de la empresa a fin de recuperar créditos previamente otorgados.
- El directorio se verá menos inclinado a proteger a los tenedores de capital (“*Equity Securityholders*”) en el *Chapter Eleven*, en comparación con los *Workouts*, ya que el código expresamente establece la subordinación de esos tenedores a la suerte de los restantes acreedores y de hecho en muchos casos no perciben sus créditos en la distribución final de esos procesos judiciales. Asimismo, el directorio puede velar más por estos tenedores de títulos en los casos de los *Workouts* porque de algún modo se extienden sus deberes fiduciarios hacia los accionistas.
- La necesidad de lograr un consenso entre los acreedores es un objetivo final e insalvable de toda la negociación, ya se trate del *Workout* o del proceso judicial. El hecho de quedar subordinados los derechos de los acreedores al poder del juez concursal y bajo las normas del *Bankruptcy Code* y las restantes normas aplicables limita su poder de negociación, lo que estimula la benignidad con que ellos miran las perspectivas de lograr un consenso con el deudor, favoreciendo la aceptación de sus propuestas en el *Workout*.
- Como posibles causas del fracaso de la negociación extrajudicial que los directores deben tener en cuenta pueden mencionarse las siguientes, a saber:
  - la desconfianza en las perspectivas económicas de futuro de la empresa,
  - la desconfianza en la actuación de los miembros actuales del directorio,
  - la desconfianza en los términos del “*business plan*” de la empresa,
  - la perspectiva de recibir los acreedores un mayor valor si se inicia un proceso de *Chapter Eleven* o se liquida la empresa,
  - la posibilidad de obtener exitosas acciones de recomposición patrimonial mediante acciones judiciales contra transferencias fraudulentas realizadas a favor de otros acreedores,
  - la necesidad de integrar al proceso un elevado número de acreedores para lograr una exitosa reestructuración empresarial,

- la gran complejidad de las cuestiones comprometidas en la negociación extrajudicial.

- Respecto de las obligaciones tributarias, existen ventajas fiscales en el caso del *Chapter Eleven* que no existen en el caso de los *Workouts*, lo que puede desalentar llevar a cabo el segundo. Asimismo, existen beneficios fiscales para casos de emisión de capital derivada de una reestructuración judicial de la empresa y para casos de transferencias de activos en dicho proceso judicial.

- Respecto de los denominados "*Securities*", las necesidades de financiamiento de la empresa en dificultades pueden obligarla a emitirlos, dándose la situación de la simultánea aplicabilidad de las normas del *Bankruptcy Code* y de las de los "*Securities*", lo que puede ser complejo, especialmente en materia de oferta, negociación, publicidad y registración de estos títulos por el deudor concursado, como acciones integrantes del "*Exchange Offer*" del mismo y del "*Tender Offer*". En el 2006 se reguló especialmente la emisión de estos títulos a fin de preservar la "*Fairness*" de las transacciones con estos títulos. Sobre los "*Securities*" existe legislación federal y estatal simultáneamente aplicable, especialmente en materia de fraude.

Como puede observarse, esta sistemática no obedece a razones de lógica jurídica sino de variables del management empresarial.

#### **VIII. CASOS EN LOS QUE ES MÁS CONVENIENTE EL CHAPTER ELEVEN.**

A pesar de que ordinariamente la mejor solución para la empresa en dificultades suele ser naturalmente la negociación extrajudicial, en algunos casos característicos es más conveniente la elección del proceso regulado en el *Chapter Eleven* a fin de lograr la reestructuración de la empresa y su pasivo. Entre estos casos típicos pueden mencionarse los siguientes, a saber:

- Existencia de un gran número de juicios en contra de la empresa que dificultan notoriamente o impiden la consecución de su negocio empresarial. Un remedio importante para esta situación es el denominado "*Automatic Stay*" de la ley concursal, en virtud del cual se prohíbe el inicio o continuación de las demandas judiciales contra la empresa, lo que permite al directorio focalizarse en su reestructuración. Esta ventaja no existe en los *Workouts*. Como ejemplos de estos casos se citan *Twin Laboratories* y *Texaco Inc.* En el primero se ventiló la responsabilidad civil derivada de la producción y venta de efedra y sus productos relacionados, que causaron muertes en los consumidores y centenas de millones de dólares reclamados como indemnización en muchos diferentes Estados del país, cuyos procesos fueron consolidados en un solo Estado. En *Texaco* el deudor intentó protegerse de una sentencia judicial de varios miles de millones de dólares obtenida por *Pennzoil Company* en conexión con la adquisición de *Getty Oil Company* por *Texaco*.

- Casos en los que se pone en tela de juicio la continuación o el reemplazo de los miembros del directorio de la empresa. El principio es que los miembros del directorio pueden continuar en el cargo, en base a la presunción conforme la cual la continuación de los mismos beneficia a la empresa ya que esos directores están familiarizados con el negocio. Consecuentemente, para reemplazar al director con un tercero, el peticionante debe demostrar que o bien ha ocurrido un caso extremo (como por ejemplo fraude, deshonestidad, incompetencia o grave negligencia en la dirección empresarial) o bien que se trata de un caso en que el reemplazo es relevante a fin de beneficiar a los acreedores, tenedores de bonos y otros interesados.

- Mejorar la posición financiera del deudor al obtener el “*Automatic Stay*” y al obtener financiamiento postconcurzal, facilitado en base a que el prestamista postconcurzal puede obtener un superprivilegio sobre los activos del deudor, si se cumplen los requisitos para la “*Debtor-in-Possession Financing*”, conforme a la ley concursal.
- Mejorar el acceso al crédito comercial. Los acreedores preconcursales pueden verse afectados en el cobro de sus créditos, pero los acreedores postconcursoales deben ser pagados en su totalidad para que el deudor pueda tener su plan confirmado judicialmente en los términos de las normas del *Chapter Eleven*. Esto puede facilitar el otorgamiento de crédito postconcurzal que significará capital de trabajo para el deudor en dificultades.
- A pesar de que en un *Workout* puede negociarse la finalización de ciertos contratos o la extensión de los plazos de pago, el *Chapter Eleven* le da a la empresa amplios poderes para aceptar, rechazar o modificar las cláusulas de los denominados “*Executory Contracts*” que suelen ser claves para facilitar el desenvolvimiento empresarial ulterior, poder que no existe en el *Workout*.
- Otra ventaja del *Chapter Eleven* que no existe en la negociación extrajudicial es el poder de reestructurar obligaciones financieras no consensualmente, es decir, imponiéndose esa solución a los acreedores disconformes, si se han cumplido algunos requisitos específicos, de acuerdo al poder del “*Cramdown*”, habiendo mediado aprobación judicial sobre la aplicación de esa institución. Esa reestructuración obligacional sólo se puede conseguir extrajudicialmente mediante el acuerdo mutuo de las partes.

#### **IX. LAS POSIBILIDADES Y VENTAJAS DE LOS PROCEDIMIENTOS PREVIOS AL CHAPTER ELEVEN**

Existen dos formas alternativas previas al *Chapter Eleven* que han sido calificadas por algunos autores como “el mejor de los mundos posibles”, a saber:

El deudor puede negociar una preparación de sus acuerdos con los acreedores mediante lo que se llama un “*Prepackaged Chapter Eleven*” –como hemos visto *supra* en este trabajo- y en algunos casos esta alternativa puede constituir una solución rápida para la crisis empresarial, con ahorro de costos extrajudiciales y judiciales. En la misma el deudor negocia el plan de reorganización, prepara la declaración de su situación frente a los terceros interesados y pide los votos favorables antes del comienzo formal del procedimiento del *Chapter Eleven*. De este modo el deudor puede obtener los beneficios tanto de un *Workout* como de la reestructuración del *Chapter Eleven*. Por ejemplo, en el caso *Independent Wireless One Corporation (IWO) Holdings* y sus afiliadas, las partes lograron la confirmación del plan por el juez concursal 36 días luego del comienzo de las actuaciones.

Asimismo existen otras formas extrajudiciales de negociación previas al *Chapter Eleven* que han comenzado a utilizarse en los últimos años y han resultado exitosas como el denominado “*Prenegociated Chapter Eleven*”, proceso en el cual el deudor inicia formalmente un *Chapter Eleven* y a la fecha de la revelación formal de su situación y propuesta, el deudor ya ha negociado con sus principales acreedores y ha obtenido su voto favorable al plan previamente presentado a ellos, lo que agiliza los trámites del *Chapter Eleven*, de ser necesario. La diferencia con el “*Prepackaged Chapter Eleven*” está en que el deudor no comienza la obtención de los votos favorables hasta que no haya obtenido la aprobación del tribunal de su “*Disclosure Statement*”, esto es la declaración de su situación y propuesta a las partes interesadas. Si bien esta alternativa puede demorar más tiempo que el anterior, ha habido casos en que el tribunal ha confirmado el plan en menos de siete meses de trámite conjunto con el *Chapter Eleven*.

## X. NEGOCIACIÓN CON LOS ACREEDORES.

### A. Deuda con preferencias

El deudor suele firmar contratos de financiación con entidades institucionales y bancos en los que se pactan preferencias respecto de otros acreedores. La norma la constituye cada contrato en particular. Los casos judiciales sólo registran algunos casos de responsabilidad de prestamistas en casos de daños al medio ambiente.

- **Deuda de menor cuantía sin preferencia**

Las principales técnicas usadas por los emisores de títulos de deuda de menor cuantía (también llamados “*Junk Bonds*”) para reestructurar los pasivos en sede extrajudicial son tres: “*Tender Offers*”, “*Exchange Offers*” y “*Consent Solicitations*”. Las partes elegirán algunas de ellas o sus posibles combinaciones de acuerdo a las circunstancias de la reestructuración del pasivo y de los objetivos buscados. Cada emisión y las respectivas recompras o rescate de títulos tiene sus propias reglas contractuales de acuerdo a cada caso, bien que con numerosas cláusulas estándar. En esta materia son aplicables no sólo normas contractuales sino también normas fiscales y sobre “*Securities*”.

Respecto de los acreedores de deuda no institucional de menor cuantía es aplicable en algunos aspectos, además del propio contrato de emisión, la *Trust Indenture Act* de 1939, sobre la emisión de bonos de deuda o “*Debt Securities*”. Existen algunos elementos coercitivos en la emisión y modificación de cláusulas de estos títulos en cuyos detalles no abundaremos aquí. La jurisprudencia de Delaware ha interpretado la modificación de las cláusulas de emisión de los títulos a la luz de la buena fe contractual entre las partes, al igual que la jurisprudencia de Nueva York, pero con una interpretación más restrictiva de la buena fe. En algunos casos se planteó la legitimidad de permitir fusiones societarias y de permitir incurrir en un endeudamiento adicional, en el contrato del *Indenture*, lo que fue aceptado por los tribunales.

## XI. UTILIZACIÓN DE TÉCNICAS DE FINANCIACIÓN.

Conceptos como el “*Structured Financing*” (“financiación estructurada”) o la “*Asset Securitization*” (“securitización de activos”) se refieren a particulares técnicas de financiación del deudor concursado. Estas técnicas de financiación postconcurso del deudor pueden proveer de liquidez al concursado con un costo menor que la financiación con garantías reales. A pesar de que estas técnicas tienen como fin individualizar y separar uno o más activos para securitizarlos e independizarlos de los riesgos de la insolvencia judicial, sin duda no garantizan que ella no ocurrirá ni implicarán una indemnidad de los directores de alguna responsabilidad eventual.

El régimen de este tipo de financiación está configurado someramente de la siguiente forma:

- Una típica *securitización* consiste en la individualización y venta de un activo por una sociedad, (denominada como “originadora”) con un fin específico, hacia un ente denominado “*Bankruptcy-remote Vehicle*” (SPV por sus siglas en inglés) y la emisión de títulos negociables comprados por el SPV, con un costo de colocación menor que otras formas de financiación tradicionales al separar ese activo del patrimonio del “originador”. Entre otras ventajas, esto puede mejorar la ecuación deuda-capital propio del originador.

- Pueden surgir conflictos sobre la calificación del contrato por las partes, que a veces puede ser considerado como una venta o bien como un contrato de financiación, lo que los tribunales han zanjado en diversas oportunidades, sea con basamento en la prueba documental aportada por las partes contendientes, sea valorando su comportamiento contractual o, finalmente, ameritando la terminología utilizada en la contratación.
- La atribución de los riesgos y beneficios de la propiedad así transmitida o *securitizada* ha dado lugar a diversos conflictos judiciales.
- Pueden asimismo existir conflictos sobre las contraprestaciones en este tipo de negociaciones contractuales.
- Durante cierto tiempo existieron diferencias de criterio entre las normas jurídicas y las normas contables acerca del tratamiento de este tipo de contratos, pero en los últimos años esas diferencias se han acortado. En este sentido si una transacción no era calificada como una venta conforme los *Generally Accepted Accounting Principles* (GAAP), con mayor razón los tribunales se resistían a considerarla jurídicamente como una venta. En cambio, en la actualidad, ambos criterios se han acercado recíprocamente gracias a los estándares contables establecidos por el *Financial Accounting Standards Board* (FASB) en el año 2000 para este tipo de operaciones.

#### **A. Financiación y consolidación sustancial**

En este tipo de contratos financieros ha impactado la institución de la “*Substantive Consolidation*” (Consolidación sustantiva o sustancial), que en la actualidad todavía está en proceso de delimitación clara de sus presupuestos, límites y consecuencias, especialmente en el campo de los grupos de sociedades. En el inicio de esa evolución jurídica se encuentra la aplicación de la doctrina del “*piercing the corporate veil*” en casos de grupos de sociedades. Asimismo, está relacionada con la jurisprudencia que establece los requisitos o criterios para no considerar a las entidades como separadas. Algunos autores y entidades han estudiado la vinculación entre la consolidación sustancial y estas técnicas de financiación.

Basados en la problemática descrita en los casos citados precedentemente los tribunales han aplicado la consolidación cuando existe identificación entre las entidades involucradas en estas operaciones financieras, con la finalidad de evitar una amenaza o proporcionar algún beneficio para los acreedores, también considerando si los acreedores trataron con las entidades en cuanto que estaban separadas o en cuanto estaban unidas en un grupo. Todo esto dentro de un marco de excepcionalidad de la institución de la consolidación, que sólo puede utilizarse con moderación, por circunstancias perentorias o extraordinarias y como última solución posible frente a una confusión de patrimonios, siempre en beneficio de todos los acreedores. Sin embargo, ello no ha impedido afirmar la existencia de una tendencia liberal al aplicar la consolidación a los casos en que los tribunales reconocen la integración económica de los sujetos involucrados, lo que implica la aplicación indudable de principios específicos aplicables a los grupos de sociedades económicamente integrados o unificados en su actuación económica conocido como “*Entreprise Law*”.

En las relaciones entre las distintas entidades que forman parte de un grupo en el que se dan las negociaciones sobre financiación que estamos estudiando la doctrina destaca la documentación en la que se regula contractualmente el régimen que gobierna la necesaria separación de las mismas (las así llamadas “*Separatedness Covenants*”), entre el *originator* del “*Bankruptcy-remote Vehicle*” (SPV por sus siglas en inglés) y las restantes entidades integrantes del grupo económico.

### **Creación de la Bankruptcy-Remote Entity (SPV)**

Además de aislar los activos que se pueden recibir del “*originator*” y, como consecuencia, de los riesgos de una posible quiebra del mismo, la *securitización* de activos implica por otra parte también la minimización de los riesgos de una quiebra de la *Bankruptcy-Remote Entity (SPV)*. Esto es así en base a diversas razones, entre las que cabe mencionar las siguientes, a saber:

- No obstante que en el marco de las normas del *Chapter Eleven* el SPV puede continuar sus operaciones como todo “*Debtor-in-Possession*”, las mismas lo serán bajo el escrutinio del tribunal y eventualmente del Comité de acreedores.
- Ese comité también evaluará la conveniencia de la reunión y venta de la mayor cantidad de bienes posible para obtener una mejora económica de los acreedores concursales.
- El tribunal puede nombrar un *Trustee* independiente que haga una evaluación económica de la operación, también en el caso de que el proceso se convierta en uno regido por el *Chapter Seven*.
- En cualquiera de estos casos esto significa que cuando sea designado el *Trustee*, el mismo operará los negocios del SPV y suplantarán a los miembros del directorio.

No está muy claro cuáles son los sujetos abarcados por la norma como susceptibles de inclusión como SPV. Al respecto 11 U.S.C. §109(a),(d) afirma que sólo una “*Person*” puede ser un deudor concursable conforme el *Chapter Seven* o el *Chapter Eleven* y a pesar de que una “*Corporation*” califica como “*Person*” conforme el código concursal, un “*Nonbusiness Trust*” no puede ser considerada como “*Corporation*”, conforme la jurisprudencia, la que por otra parte ha reconocido que está dividida sobre el punto.

La jurisprudencia ha reconocido deberes fiduciarios de los directores del SPV respecto de los accionistas de la entidad y de los acreedores, incluso de los directores en el caso de la vecindad con la situación de la insolvencia, en los que ellos no son unos meros representantes de los accionistas, sino que tienen deberes fiduciarios respecto de la sociedad y sus acreedores.

Existen Estados como Delaware, en cuyos *Business Trusts* los directores pueden pactar una expansión o contracción de las cláusulas reguladoras de sus deberes fiduciarios en instrumentos de gobierno.

### **Valoración crítica del Chapter Eleven y su relación con los procedimientos de reestructuración extrajudiciales**

Luego del análisis de la temática tratada cabe realizar el siguiente juicio crítico, a saber:

- La comparación entre los procedimientos establecidos por el *Chapter Eleven* del *United States Code* y las normas referidas a los procedimientos colectivos extrajudiciales, (“*Out of Court Restructurings*”, “*Workouts*”, “*Extensions*”, “*Compositions*”, etc.) en el derecho concursal norteamericano arroja como resultado en primer lugar un catálogo de los temas comprendidos en la elección alternativa de ambos procesos, referidos a sus ventajas e inconvenientes, concretados en la negociación con los principales prestamistas con preferencias, la negociación con los pequeños acreedores y la utilización de técnicas de financiación postconcural. Este catálogo es importante porque fija la agenda de los operadores jurídicos en orden a arribar a las soluciones que el problema reclama, más allá de los buenos deseos e intenciones de las partes para solucionar la crisis económica.
- En este trabajo he seguido la sistemática de los autores norteamericanos respecto de los tópicos tratados y en el modo de hacerlo, lo que tiene importantes diferencias sistemáticas en otros

países del sistema continental europeo. La practicidad, eficiencia, eficacia y versatilidad de las soluciones del derecho estadounidense prima por sobre la supuesta perfección de los modelos lógico-jurídicos a aplicar a los casos de insolvencia.

- La problemática regulada por las normas concursales en Estados Unidos hoy en día se ha expandido de modo amplio de manera tal que es necesaria una tarea de complementación profesional en materias tan dispares como, por ejemplo, los procesos extrajudiciales, los “*Prepackaged Proceedings*”, los “*Securities*”, el sector bancario, los procesos judiciales activos y pasivos del deudor, los derechos reales, los impuestos, las cuestiones medioambientales, laborales y jubilatorias y, finalmente, no sólo las cuestiones nacionales o domésticas sino también las multinacionales. Esto es novedoso por la multiplicidad de los supuestos prácticos a resolver, más allá de las normas puramente concursales. Esta forma de encarar los problemas proporciona perspectiva sistemática a la hora de encarar estos problemas.

- Dentro de los procedimientos no liquidativos los operadores jurídicos consideran como preeminente solución satisfactoria los arreglos extrajudiciales. Ellos constituyen métodos naturales y más convenientes que los procesos judiciales, los que sólo por excepción o subsidiariamente pueden prevenir la liquidación definitiva de la empresa. Ello surge conforme la jurisprudencia analizada y la experiencia alcanzada por los Estudios Jurídicos de abogados especializados en la materia concursal. Debe aquí destacarse que en los Estados Unidos las partes interesadas adjudican una marcada preponderancia a los sistemas extrajudiciales previos y preventivos de los judiciales a fin de solucionar un conflicto, lo que también se verifica en la materia concursal. Esta característica instrumental es digna de elogio y amerita un estudio en mayor profundidad en el futuro.

- Estadísticamente se ha demostrado que aproximadamente la mitad de todas las reestructuraciones empresariales en los Estados Unidos son producto de un arreglo o composición extrajudicial, lo que es destacable y acredita el éxito de las vías extrajudiciales en ese país.

- Como surge de la jurisprudencia americana la amplitud de la situaciones de crisis incluye casos de empresas saludables que tienen una abultada deuda financiera de corto y mediano plazo, hasta negocios que deben ser drásticamente reestructurados, reorganizados o diversificados o bien empresas que súbitamente se han visto envueltas en deudas originadas por responsabilidades patrimoniales derivadas de demandas colectivas tales como por ejemplo las originadas por sustancias cancerígenas, dispositivos intrauterinos, tabaco o drogas. Este doble enfoque es novedoso en orden a realizar un adecuado diagnóstico de la situación económico-financiera de la empresa y a fin de proporcionar una acertada elección de las soluciones prácticas pertinentes.

- Los objetivos del legislador y de la jurisprudencia que promueven la evitación del acogimiento de la empresa a las normas concursales del *Chapter Eleven* en beneficio de lograr un arreglo extrajudicial de la crisis, constituye una acertada política legislativa en sus rasgos generales por cuanto la solución extrajudicial es, por una parte, más sencilla y práctica y por otro lado más rápida y barata.

- El sistema extrajudicial norteamericano posee elevados niveles de eficacia ya que las partes interesadas están en condiciones de juzgar cuál de los dos procedimientos les es más beneficioso y en la mayoría de los casos ellas son reacias a acudir a los tribunales. Al parecer la cultura de los procesos extrajudiciales es más acusada en los Estados Unidos que en otros países del sistema continental europeo.

- Como condición para esa eficacia de la vía extrajudicial es necesario por una parte lograr el afán colaborativo de todas las partes unidas por el común fin de lograr una solución preventiva de

la liquidación y por otra parte la intención de todas ellas de brindar y utilizar lealmente toda la información necesaria para lograr esa solución, lejos de toda actitud fraudulenta. Debe destacarse esa colaboración ejercitada no sólo por la jurisprudencia sino también por la doctrina y los Estudios Jurídicos en pro de la consecución eficaz del arreglo extrajudicial de la deuda e indirectamente de la reorganización extrajudicial del deudor, lo que es encomiable. Esa colaboración se ha puesto de manifiesto particularmente en los *Prepackaged Chapter Eleven*, que no están regulados y a los que sólo se refieren las normas concursales de modo indirecto e implícito, con resultados exitosos.

- Por lo general se considera que el arreglo extrajudicial es más beneficioso para la empresa que las posibilidades que ofrece el *Chapter Eleven* judicial, más allá de las dificultades que deben ser superadas para arribar al mismo. La negociación extrajudicial es más expeditiva y más económica que el proceso del *Chapter Eleven*.

- No obstante lo anterior, el objeto del *Chapter Eleven* se ha revelado versátil, por cuanto no sólo pretende solucionar el problema económico-jurídico del estado de cesación de pagos o crisis, sino también porque logra una liquidación (incluso la parcial) en condiciones más ventajosas que otros procedimientos liquidativos del sistema federal estadounidense, como el del *Chapter Seven*, por ejemplo. Esto es novedoso por cuanto excede la sola finalidad del salvataje empresarial de este ordenamiento concursal preventivo y por otra parte porque pone de relieve que la solución liquidatoria no es tan traumática, problemática o negativa como pudiera considerarse idealmente en otras culturas jurídicas como la europea o la latinoamericana. En éstas últimas a veces idealiza el salvataje como la única mejor solución posible, bien que muy conveniente y altamente deseable siempre. Esto es lo que algunos autores han llamado el “mito de la empresa inmortal”.

- Las razones económicas para apoyar las normas e instituciones del *Chapter Eleven* han prevalecido frente a los costos y gastos del proceso, evitando innecesarias liquidaciones en detrimento patrimonial de los interesados.

- Las alternativas previas al *Chapter Eleven* que han sido calificadas por algunos autores como “el mejor de los mundos posibles”, esto es el “*Prepackaged Chapter Eleven*” y el “*Prepackaged Chapter Eleven*”, pueden ser posibilidades válidas para solucionar extrajudicialmente los problemas económicos o financieros de la empresa sin necesidad de recurrir al procedimiento del *Chapter Eleven*, aunque todavía se encuentran en un período de desarrollo en sus institutos. Esta complementariedad entre la negociación preconcursal y el proceso concursal propiamente dicho ha sido eficaz para lograr la solución de la crisis o insolvencia en muchos casos. Será necesario en el futuro un estudio de derecho comparado sobre estas negociaciones preconcursales que posibiliten su aplicabilidad a otros ordenamientos jurídicos distintos de los países del *Common Law*, conforme las técnicas del derecho comparado.

- Parte del éxito de los *Prepackaged Chapter Eleven* radica por una parte en la exigencia de la jurisprudencia respecto de la pertinencia e idoneidad de la información revelada por el deudor para la consecución de los objetivos del mismo. Esta información está referida a la descripción de los activos disponibles y su valuación, la información financiera que permita a los acreedores evaluar la propuesta y decidir la conformidad, el análisis del caso de liquidación y una acabada descripción del plan. Por otra parte, ese éxito también radica en el compromiso de las partes contendientes sobre esa pertinencia y la seriedad de la información, en lo que se refiere a la adecuación entre la misma y la realidad negocial de las partes. La veracidad y sinceridad de la información facilita el entendimiento ulterior de las partes, al alejar toda posibilidad de fraude, quizá el principal enemigo de las soluciones extrajudiciales.

- Una de las notables ventajas del “*Pre-Packaged Plan*” es su menor duración en el tiempo comparado con el proceso del *Chapter Eleven* y los menores costos de la negociación. Asimismo, es destacable la versatilidad de este proceso extrajudicial, ya que, tanto si tiene éxito como si fracasara en el peor de los casos, lo negociado servirá ulteriormente para el proceso concursal del *Chapter Eleven*.

- Respecto de la publicidad de la situación económico-financiera del deudor, los procesos extrajudiciales son más ventajosos que el proceso del *Chapter Eleven* porque aumentan la confianza de la propia empresa en la solución y la confianza de los terceros relacionados con ella y por ende aumenta las probabilidades de recuperación económica de la misma.

- El peligro o dificultad para el éxito del *Prepackaged Chapter Eleven* está configurado por la identificación de las partes, la adecuada comunicación de los negocios, la suspensión del crédito por los acreedores y la posibilidad de algún acreedor de obtener una apertura concursal involuntaria del deudor.

- Las tres principales técnicas usadas por los emisores de títulos de deuda de menor cuantía (también llamados “*Junk Bonds*”) para reestructurar los pasivos en sede extrajudicial (“*Tender Offers*”, “*Exchange Offers*” y “*Consent Solicitations*”) han resultado exitosas para proveer al deudor de oxígeno financiero en el marco de una economía capitalista y con eficiencia. Cabe realizar en el futuro un estudio más profundo sobre la eficacia de estos institutos como instrumentos para lograr el financiamiento postconcursal del deudor en situación de crisis, tema que al parecer está poco estudiado en la literatura de los sistemas jurídicos de derecho continental europeo.

- Otras técnicas de financiación del deudor en situación de cesación de pagos o crisis como la “*Structured Financing*” (“financiación estructurada”) o la “*Asset Securitization*” (“Securitización de activos”) han resultado útiles para arribar a soluciones en el corto y mediano plazo y con un costo menor que las técnicas de financiación tradicionales en el ámbito estadounidense. El régimen de este tipo de financiación ha recibido el respaldo de los tribunales que los han aplicado, con un conocimiento cabal de su funcionamiento, lo que es destacable como meritorio.

- La unificación progresiva de los conceptos jurídicos y contables de la operatoria englobada en este tipo de técnicas de financiamiento han facilitado su instrumentación y la eficacia final de sus objetivos, gracias a los estándares contables establecidos por el *Financial Accounting Standards Board* (FASB) en el año 2000 para este tipo de operaciones. Esta política puede ser útil para, por una parte, asegurar los beneficios del financiamiento postconcursal y, por otra parte, para aumentar la confianza en este tipo de técnicas financieras aplicables en otras jurisdicciones. Será oportuno en el futuro un mayor estudio de derecho comparado sobre la aplicabilidad de estas instituciones a fin de lograr una adecuada financiación postconcursal del deudor en otros sistemas jurídicos.

- El marco de excepcionalidad de la institución de la consolidación, que debe utilizarse con moderación, por circunstancias compelerentes o extraordinarias y como última solución posible frente a una confusión de patrimonios, y siempre en beneficio de todos los acreedores, ha otorgado seguridad jurídica y previsibilidad a las soluciones a las que ha arribado la jurisprudencia concursal y preconcursal, lo que es encomiable. Debe destacarse la necesidad de este uso adecuado de esa institución para que no devenga en inseguridad jurídica.

- No obstante lo anterior, puede constatarse la existencia de una tendencia liberal al aplicar la consolidación a los casos en que los tribunales reconocen la integración económica de los sujetos involucrados, lo que implica la aplicación indudable de principios específicos aplicables a los grupos

de sociedades económicamente integrados o unificados en su actuación económica conocido como “*Entreprise Law*”.

- Las dificultades conceptuales que han encontrado algunos tribunales respecto del sujeto que puede emitir securitizaciones no han impedido la existencia y funcionamiento del *Bankruptcy-Remote Entity (SPV)* como parte de las técnicas de financiación postconcurzal. Esta institución puede servir de ejemplo de financiación eficaz y con menores costos, entre otras posibles. Será oportuno en el futuro un estudio de derecho comprado sobre su aplicabilidad en otros sistemas jurídicos distintos del *Common Law*.

- La mayor debilidad del “*Workout*” está dada por el hecho de que cualquier acreedor rebelde o recalcitrante puede echar por tierra la negociación si exige más de lo que el deudor puede cumplir o embarga bienes esenciales para el giro comercial de la empresa.

- A pesar de que el *Chapter Eleven* prevé mecanismos para imponer una solución consensuada por la mayoría de los acreedores a los acreedores resistentes y una valuación razonable de los bienes del deudor, las “*Compositions*” ofrecen algunas ventajas respecto del mismo, entre los que cabe mencionar los menores costos para el deudor, la no exposición pública a terceros de la situación económica del deudor y el no sometimiento del deudor al escrutinio y control judicial.

- Cabe destacar que los procesos extrajudiciales de reestructuración de deuda y el proceso del *Chapter Eleven* no se excluyen mutuamente y son complementarios.

- El concepto inglés de la falta de “*Consideration*” en los acuerdos extrajudiciales de reestructuración de deuda (de origen contractual), que habilita o impide la “*Discharge*” de las nuevas obligaciones asumidas por el deudor, luego de la negociación, ha mutado en el derecho de los Estados Unidos en los últimos ciento treinta años. El nuevo concepto de “*Consideration*” contiene las mutuas concesiones otorgadas por las partes negociadoras, favoreciendo así el acuerdo entre las partes. Esta evolución no sólo se ha debido a la jurisprudencia sino también a los autores y la legislación sobre contratos vigente.

- Cabe destacar los beneficios del acuerdo extrajudicial comparándolos con los del *Chapter Eleven*, que se concretan en: una mayor confianza de los terceros en los futuros negocios de la empresa, la no publicidad de las operaciones empresariales, la menor litigiosidad, la mayor libertad de los directores para operar cambios en la dirección de la empresa, la mayor confidencialidad, la mayor celeridad de las soluciones, la mayor flexibilidad y simplificación de los procedimientos necesarios para alcanzar la reestructuración, la menor complejidad, la mayor expeditividad de las negociaciones con terceros y la disminución de los costos de negociación.

- En el *Workout*, la actividad del directorio se centra en la preparación de un plan viable de reestructuración y de un plan de negocios y documentación de soporte del mismo que deberán ser presentados a los acreedores. Comparativamente, en el *Chapter Eleven* a esas tareas de gobierno societario se añaden otras, cuyo rol se hace más ambiguo y en cierta manera aleja a los directores de sus funciones naturales de dirección y gobierno.

- Como causas del fracaso de la negociación extrajudicial cabe mencionar la desconfianza en las perspectivas económicas de futuro de la empresa, la desconfianza en la actuación de los miembros actuales del directorio, la desconfianza en los términos del “*business plan*” de la empresa, la perspectiva de los acreedores de recibir un mayor valor si se inicia un proceso de *Chapter Eleven* o se liquida la empresa, la posibilidad de obtener exitosas acciones de recomposición patrimonial

mediante acciones judiciales contra transferencias fraudulentas realizadas a favor de otros acreedores, la necesidad de integrar al proceso un elevado número de acreedores para lograr una reestructuración empresarial y la gran complejidad de las cuestiones comprometidas en la negociación extrajudicial.

- Respecto de las obligaciones tributarias, existen ventajas fiscales en el caso del *Chapter Eleven* que no existen en el caso de los *Workouts*.
- Sobre la emisión y negociación con “*Securities*” al parecer no existen condiciones más o menos gravosas según que se trate de un estadio extrajudicial o judicial.
- A pesar de que ordinariamente la mejor solución para la empresa en dificultades suele ser naturalmente la negociación extrajudicial, en algunos casos característicos es más conveniente la elección del proceso regulado en el *Chapter Eleven* a fin de lograr la reestructuración de la empresa y su pasivo. Ejemplos de esos casos son una alta litigiosidad en contra del deudor, los beneficios del “*Automatic Stay*” concursal, el cuestionamiento de la continuidad de los miembros del directorio, facilidades para obtener financiación postconcursal, mayor acceso al crédito comercial, la posibilidad de modificar sustancialmente los contratos empresariales más relevantes de la empresa y la posibilidad de imponer las soluciones concursales a los acreedores disconformes.
- Últimamente han surgido otras formas extrajudiciales de negociación previas al *Chapter Eleven* que han resultado exitosas como el denominado “*Prenegotiated Chapter Eleven*”, institución actualmente “*in fieri*”.

## XII. CONCLUSIONES ESENCIALES DE LA INVESTIGACION.

A modo de conclusiones esenciales de la investigación cabe señalar lo siguiente:

- Las instituciones del *Chapter Eleven* y de los procesos colectivos extrajudiciales constituyen vías alternativas o sucesivas válidas a fin de arribar a soluciones del estado de insolvencia o crisis de la empresa.
- Ambos tipos de instituciones resultan idóneos desde el punto de vista práctico para lograr la superación de la insolvencia empresarial en los Estados Unidos. Esta experiencia es aplicable a países de otros sistemas jurídicos como el continental europeo, mediante las técnicas del derecho comprado.
- Los escollos que a veces ha encontrado la jurisprudencia para lograr las soluciones de la insolvencia no han sido de tal entidad que impidan aplicar las soluciones correspondientes a los procesos extrajudiciales o judiciales.
- La sencillez y simplicidad de los procesos extrajudiciales han permitido arribar a soluciones que en muchos casos han resultado ser más convenientes y eficaces que los procesos judiciales.
- En la jurisprudencia no se han planteado graves cuestionamientos de fraude en los procesos extrajudiciales, quizá por un uso correcto de los mismos por las partes intervinientes, lejos de toda intencionalidad de fraude o con sus oportunas correcciones por las partes negociadoras, que siempre conservan la libertad de usar los remedios judiciales pertinentes.

**¿ES EL ART. 144 CCC UNA HERRAMIENTA PARA RESPONSABILIZAR A FUNCIONARIOS PÚBLICOS?<sup>110</sup>**

**Efraín Hugo RICHARD**

**Resumen:** La responsabilidad de los funcionarios públicos, prevista en normas constitucionales, ha encontrado en la norma del art. 144 del Código Civil y Comercial –CCC- una herramienta para que el propio Estado, cuando no los terceros afectados, imputen los daños a la o las personas humanas que los han generado con una actuación antijurídica.

### **I. MOTIVACIÓN**

El distinguido amigo y Director del Instituto del Noroeste de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Profesor Emérito Dr. Juan Carlos VEIGA, Miembro Correspondiente de la Academia, jusprivatista con quién hemos compartido múltiples ensayos en una visión integradora del derecho, nos ha invitado a integrarnos al segundo libro colectivo de ese Instituto, el primero lo fue en homenaje al imborrable Luis MOISSET de ESPANÉS, y este lo dedicarán al también ex Presidente de la Academia y Profesor Emérito, el Dr. Julio ALTAMIRA GIGENA.

Honrados por esa invitación elegimos un tema que linda en la especialidad del homenajeado, el derecho público y administrativo, y la especialidad que profesamos del derecho privado: la responsabilidad civil de los funcionarios públicos.

### **II. LA ESTRUCTURA NORMATIVA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL**

Al original texto del Anteproyecto de Código Civil y Comercial, que asumía la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios en forma general con la teoría de la responsabilidad, se generó una reacción imponiendo una ley y la reforma de aquel Anteproyecto con tres artículos excluyentes de esa responsabilidad.

La cuestión de responsabilidad de funcionarios ha sido eliminada del CCC que nos rige desde el año 2015, tratándose en ley especial, y así congruente se sanciona el art. 1764 CCC haciendo inaplicables el cap. I o sea del art. 1708 al 1788 a la “responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”, complementada por el art. 1765. Y el art. 1766 referida a la responsabilidad de sus funcionarios y empleados públicos “en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por el derecho administrativo”.

Pero, si entendemos aplicable el art. 144 CCC a funcionarios públicos con control de la persona jurídico pública que representan orgánicamente, podemos sostener que se trata de un caso específico de imputabilidad que no ha sido desviado al derecho administrativo o local. No se trata de pensar en la aplicación de la norma sobre personas jurídicas a un tema de responsabilidad por

---

<sup>110</sup> Publicado en el Libro "HOMENAJE DEL INSTITUTO NOROESTE DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA AL PRESIDENTE HONORARIO PROF. DR. JULIO I. ALTAMIRA GIGENA", Directores: Dres. Juan Carlos Veiga y Rodrigo Padilla, Coordinador: Dr. José H. Sahián.

riesgo, o de aplicación generalizada a todos los funcionarios (empleados) públicos, sino de un supuesto muy particular de uso abusivo de la personalidad jurídica pública reglado específicamente por una norma disciplinaria, que regula el buen uso del sistema de organización del Estado, nacional, provincial, municipal u organizaciones descentralizadas del mismo.

Responde el texto sancionado, modificando lo proyectado, a lo dispuesto en la ley 26.944 promulgada de hecho el 7 de agosto de 2014, en la que se dispone en su art. 2 que el Código Civil no se aplicará a la responsabilidad del Estado ni en forma directa ni subsidiaria. Pero nada expone en torno a la responsabilidad de funcionarios públicos, ni excluye expresamente la aplicación del mentado art. 144 CCC.

Es siempre un tema de debate público la irresponsabilidad de funcionarios. Hasta se supone contar con una inmediata ley de transferencia de dominio de los bienes mal habidos por la gestión del funcionario cuestionado. Es que justamente pocos institutos jurídicos resultan tan inestables, inasibles, inseguros y con una irrefrenable tendencia a fugarse de la ley y de las condenas judiciales, como el referido a la responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos derivada del ilegítimo ejercicio de su cargo o representación institucional.

Es objetivo, desde una perspectiva de los valores éticos, pero también de los constitucionales, que existan normas claras y contundentes y de rápida tramitación, para que los daños materiales que sufran los administrados y el propio estado representado orgánicamente por el abusador, configurado por el ilegítimo obrar de un funcionario público de rango, sean reparados en base a criterios de integralidad, lo que parece limitado por la ley 26.994. Se afirma que “Es decisivo que el funcionario público que perjudica a los usuarios, administrados y consumidores (y por ende genera no solamente responsabilidad económica, sino también social) sufra las consecuencias de su hecho dañoso... no hay nada peor para una democracia que la impunidad de los agentes públicos. Esto constituye un elemento fundamental para poner freno a la negligencia y arbitrariedad de las autoridades públicas, o que ejercen funciones administrativas públicas”.

¿Realmente se excluyó toda posibilidad de analizar esa responsabilidad dentro de la estructura del nuevo Código? El art. 144 CCC. aparece como el logro de una concepción integral sobre responsabilidad de directivos, funcionarios públicos, por daños patrimoniales ocasionados en el ejercicio irregular de su cargo.

Este enfoque ya lo hemos adelantado en el Encuentro Nacional de Academias de Derecho, Córdoba 6/7 de octubre de 2016, donde se nos convocó a debatir sobre responsabilidad del Estado y funcionarios públicos, disertando antes, por nuestra Academia, dos distinguidos juristas, su entonces Presidente Prof. Emérito Dr. Julio Altamira –hoy el homenajeado- y el jusprivatista Prof. Dr. Daniel Ramón Pizarro, desarrollando su posición ante la nueva legislación, y donde nosotros la afrontamos como “RESPONSABILIDAD DE FUNCIONARIOS PUBLICOS Y EL ART. 144 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA”, en una visión complementaria, pero diferente en torno a la responsabilidad de funcionarios públicos o representantes del Estado en ciertas relaciones, sobre lo que ahora volvemos.

### **III. INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA**

Con particular énfasis desde la vigencia del Código Civil y Comercial el 1° de agosto de 2015, hemos proseguido nuestra diatriba contra la corrupción en los ámbitos públicos, durante muchos gobiernos. Lo volvimos a hacer en una comunicación con distinguidos colegas sobre alguna temática en relación a la corrupción de los funcionarios públicos y su vinculación a las personas jurídicas

privadas. Nuestra mayor preocupación es la laxitud de las condenas penales a esos funcionarios. Un ex Presidente venía eludiendo la condena penal de un hecho acaecido hace 23 años por un recurso ante la Corte demorado.

En nuestra perspectiva integrativa, art. 2° CCC, vimos una luz en el nuevo artículo 144 CCC referido a la “inoponibilidad de la personalidad jurídica” que permite imputarle al controlante directo o indirecto de una persona jurídica pública o privada los daños causados por vía civil, sin esperar necesariamente ninguna condena penal. Se trata del llamado “levantamiento del velo”, que se acepta doctrinal y judicialmente en el derecho comparado, pero que sólo estaba legislado en Argentina y Uruguay en sus leyes de sociedades, en el primero en su art. 54 ter LGS.

En el tema nos fundamos en la regulación de las Personas Jurídicas en el CCC, que tiene 4 artículos generales en la Sección Primera (“Personalidad. Composición” -título poco claro-) del 141 al 144 que abarca tanto las personas jurídicas privadas como las públicas, que recién se clasifican en la Sección 2ª. arts. 145 y ss. CCC. El art. 144 CCC no indica su aplicación exclusiva a las personas jurídicas privadas, como lo hace el art. 142, por lo que aparece abarcando todos los géneros de las personas jurídicas, incluso por expresa referencia del art. 143 CCC.

Centramos la atención en el alcance del art. 144 CCC que norma *“Inoponibilidad de la personalidad jurídica. La actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos la hicieron posible quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.- Lo dispuesto se aplica sin afectar los derechos de los terceros de buena fe y sin perjuicio de las responsabilidades personales de que pueden ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados.”*, y la posible aplicación de esa norma a funcionarios públicos con capacidad de decisión o sea de control sobre la persona jurídica pública.

#### **IV. LA REALIDAD Y LAS ACTIVIDADES ILÍCITAS.**

El art. 54 ter LGS reza “Art. 54, párr.3º Inoponibilidad de la personalidad jurídica– “La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, o constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”. Un gran logro normativo, sin precedentes legislativos en el derecho comparado.

Se distingue claramente imputación y responsabilidad, que va añadida y corresponde a todos los que hayan desplegado conductas generadoras de responsabilidad de base subjetiva, por acción u omisión.

Frente al uso antifuncional de una persona jurídica –pública o privada-, se trata de revisar las diferentes modalidades de evitar la frustración de derechos de terceros y del Estado mismo.

En la doctrina de los Estados Unidos de Norteamérica se cuestiona la teoría del disregard por su imprecisión y se plantea si no es una modalidad de aplicar responsabilidad, particularmente en las relaciones de organización. La desestimación en sentido estricto implica el desconocimiento del principio de división (separación o escisión) patrimonial entre la sociedad y los socios o los terceros controlantes, pero normalmente es usado en sentido lato, eliminando las limitaciones de

responsabilidad de los socios fijados por el tipo societario o de imputabilidad por las formas societarias, usando las expresiones "disregard of the legal entity o percing of the corporate veil".

Nuestra interpretación, que limitamos concretamente al análisis del precepto del art. 144 CCC abre una puerta ante actos dañosos, incluso escandalosos, imputables a funcionarios públicos o ex funcionarios que han ocasionado un grave daño al Estado, a particulares y especialmente a la comunidad, alterando las reglas de libre competencia, lealtad comercial, buena fe, obstaculizando el desarrollo del país y generando déficit e inflación al aumentar gastos y costes que se hubieran evitado de ejercer lícitamente sus funciones y los controles consiguientes. Idéntica consideración – entendemos– debe asignarse a la responsabilidad de los funcionarios públicos en todo lo relativo a la preservación del medio ambiente y su diligencia y compromiso en la protección de este supremo interés de toda la humanidad.

La norma del art. 144 CCC sanciona a los controlantes –directos o indirectos-, con la consiguiente responsabilidad solidaria e ilimitada por los perjuicios causados, como consecuencia de la actuación de una persona jurídica –pública o privada- con fines que constituyan un recurso para violar la ley, el orden público, la buena fe o para frustrar los derechos de terceros.

Si la conducta del agente es contraria a una norma y en consecuencia es una conducta ilícita, y de este obrar u omisión, deriva un daño patrimonial para el Estado o un particular, administrado o usuario, nace una responsabilidad indemnizatoria del daño generado, que se rige por el sistema jurídico que tutela el derecho de propiedad de rango constitucional y convencional internacional y constitucional.

Coincide con nuestra postura Rafael Manóvil: *“Como la norma se halla en la parte general de la parte general de las personas jurídicas, también es aplicable a las personas jurídicas públicas”*. José W. Tobías, Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Buenos Aires, duda de esta interpretación, pero nos apuntó que el tema está bien vigente. Tanto que afirma Juan Navarro Floriá: *“Como esta norma se ubica en la parte general de las personas jurídicas, cabe preguntarse no sin cierta perplejidad, si es aplicable también a las personas jurídicas públicas y, en tal caso, con qué alcance. Las consecuencias pueden ser inesperadas ...”*. También Ricardo Nissen sostiene que en ciertos supuestos podría ser aplicable a las personas jurídicas públicas.

El año pasado se presentó, por una Comisión de distinguidos juristas argentinos el anteproyecto de modificación de la Ley General de Sociedades, y en la Nota de Elevación, fechada en Buenos Aires, 5 junio de 2019 y dirigida al Señor Presidente Provisional del H. Senado de la Nación Dr. Federico Pinedo y a la señora Senadora Dra. Ada Rosa del Valle Itúrriz de Capellini, los prestigiosos colegas manifiestan sin duda alguna la aplicación del sistema de “Inoponibilidad de la personalidad jurídica” del art. 144 CCC extendiendo su aplicación a todas las personas jurídicas, incluso las públicas, conforme la interpretación que desarrollamos.

## **V. HERRAMIENTA EN FAVOR DEL ESTADO, NO EN SU CONTRA**

No se trata de la responsabilidad del Estado sino de funcionarios o todas aquellas personas humanas –o jurídicas- que puedan entenderse como “controlantes directos o indirectos” que “hicieron posible” la “actuación” antijurídica *de una persona jurídica pública –agregamos-, “quiénes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”*. Estos serán los legitimados pasivos.

Los legitimados activos lo serán quiénes acrediten daño e intenten responsabilizarlos. Incluso el propio Estado. Obviamente la actuación u omisión no debe ser meramente culposa, entendemos que el supuesto implica una acción u omisión dolosa. Al mismo tiempo al referirnos a funcionarios públicos, que en estricto criterio jurídico comprende a empleados públicos, lo hacemos con criterio casi social que implica funcionarios con capacidad de decisión, que con su actuación u omisión pueden modificar la actuación prevista para la persona jurídica pública, como por ejemplo no controlar concesiones ni privatizaciones, permitiendo administración fraudulenta en las personas jurídicas privadas beneficiadas, en perjuicio de la posición del Estado o de los administrados.

Es objetivo, desde una perspectiva de los valores éticos, pero también de los constitucionales, que existan normas claras y contundentes y de rápida tramitación, para que los daños materiales que sufran los administrados y el propio Estado representado orgánicamente por el abusador, configurando el ilegítimo obrar de un funcionario público de rango, sean reparados en base a criterios de integralidad. Se afirma que “Es decisivo que el funcionario público que perjudica a los usuarios, administrados y consumidores (y por ende genera no solamente responsabilidad económica, sino también social) sufra las consecuencias de su hecho dañoso... no hay nada peor para una democracia que la impunidad de los agentes públicos. Esto constituye un elemento fundamental para poner freno a la negligencia y arbitrariedad de las autoridades públicas, o que ejercen funciones administrativas públicas”.

Piénsese en los casos que la realidad, y no nuestra imaginación, nos muestra, donde esta acción por daños podría, luego de una medida cautelar sobre los bienes de un enriquecimiento ilícito, concluir con la hoy promocionada “extinción de dominio” de esos bienes (a través de responsabilizarlos y cobrarse de ellos), pensada para la conclusión de un juicio penal. ¿Porque no determinarlo en un juicio civil, más rápido para alcanzar los efectos patrimoniales lógicos –la reparación del daño-? Ello sin perjuicio de una condena de índole penal, pero incluso independizándola en los términos del inciso b. del art. 1775 del CCC de cualquier prejudicialidad, por la dilación del procedimiento penal ante “una frustración efectiva del derecho a ser indemnizado”.

Remarcamos el art. 144 no hace a la responsabilidad del Estado sino a la de los que se ampararon en la persona jurídica pública para generar daño en las situaciones que indica la norma.

Se trata particularmente que el propio Estado pueda promover la acción contra el alto funcionario público que desvió sus funciones, en beneficio propio o de terceros. Todo el daño se trasladaría a quién actuó contrariamente a sus funciones, desvirtuando el sistema para responder solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.

La interpretación restrictiva nacerá particularmente de los poderes del Estado y sus vinculados para evitar una acción rápida y eficiente para reequilibrar el daño. Pero creemos que la norma interpretada ampliamente actuaría disuasoriamente del obrar ilícito, evitando tentaciones de usar el poder que les ha otorgado el pueblo o las instituciones, en su beneficio directo o de terceros, posiblemente con beneficios indirectos imposibles de probar.

## **VI. ALGUNOS RECUERDOS Y JURISPRUDENCIA.**

Recordemos e imaginamos supuestos extremos, que siempre hemos podido advertir en los hechos y actos, que incluso pueden reiterarse. Así el P.E. nacional formalizó pagos en negro a altos funcionarios con los que intentaron justificar enriquecimientos ilícitos, y aceptó como normal el “leverage buy out”. Este último se practicó en casi todas las privatizaciones al comienzo de los 90.

Se entregaban bienes o concesiones libres de pasivo, manteniendo el Estado el 5% y el 10% para los obreros –Programa de Propiedad Participada (PPP)-, pero representados por un funcionario designado por el Estado y que seguía las políticas del gobierno central, que toleró que lo que debían pagar al Estado los titulares del 85% del paquete como precio del mismo, lo asumiera la sociedad, perjudicándola y también a los socios minoritarios. El art. 144 CCC se podría aplicar a los representantes del Gobierno Nacional y del PPP que votaron favorablemente esos desatinos ilícitos.

Pero hubo un caso de privatización con otro socio que marcó esa ilicitud, fue la Provincia de Chubut que era un tercer socio estatal en una de las sociedades “privatizadas”, llevando a nuestra Corte Suprema a expedirse en el caso “Provincia de Chubut c/ Centrales Térmicas Patagónicas S.A”, donde la Corte apuntó que la situación patrimonial de una empresa cuyo objeto concierne al interés general y se vincula con la prestación de un servicio público ... se debate un caso de nulidad absoluta, y la acción tendiente a obtenerla no es susceptible de prescribir ni de caducar, ello con arreglo a la doctrina de esta Corte: "Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas substanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original". Se trató del caso fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 12 de julio de 2001 en la causa “CHUBUT, Provincia del c/ Centrales Térmicas Patagónicas S.A. s/ Sumario”, consideró ilegal 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 lo socios de la demandada no estaban habilitados para deliberar y decidir cuestiones que atentasen contra el interés 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 llamado apalancamiento financiero con la sociedad para asumir deudas de los socios, denominado eufemísticamente “leverage buy out”, aceptando por alguna legislación para supuestos diferentes, y rechazada por otra en cualquier supuesto. La calificación que hizo 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 Argentinas. *El Diputado Nacional Dr. Alberto Natale en "Privatizaciones en Privado", cuando dice “¿Cómo fue posible que, en 4 días, desde el 17 de julio hasta el 21 se negociaran todos los acuerdos que el ministro nos había anticipado el jueves 16, un día antes, según dijo, de que se iniciaran las discusiones? La computadora indiscreta de un estudio jurídico de Buenos Aires, que no era justamente de abogados del Estado, nos trajo la respuesta: en la versión del 13/7/92 figuran los borradores de la nota de reclamos que el ministro pasaría luego a Aerolíneas Argentinas S.A. el 17.7.92; con la misma fecha figura la nota de respuesta de ARSA al ministro; el 20.7.92, el acuerdo entre Ruben Domingo Poncio, por el Estado, y Horacio Fargosi por ARSA, y el convenio final entre el Ministro de Economía, ARSA y demás partícipes, del 21.7.92. La computadora indiscreta contó la verdad”. Ello estaría reflejado en la causa 15255/01 iniciada el 18.10.01 caratulada Stornelli s/ denuncia, radicada en el Juzgado nº 3 de Comodoro Py en la Ciudad de Buenos Aires. El Dr. Domingo F. Cavallo y otro Contador –ambos cordobeses- generaron un arbitraje de fin de semana, donde se aceptó lo que la Corte tipifica nulo de nulidad absoluta: que la Sociedad Aerolíneas Argentinas S.A. tomara a su cargo lo que los accionistas que adquirieron del*

Estado el 85% de esa Sociedad libre de pasivo debían pagar al Estado. O sea que es un caso mucho más grave que el que falló la Corte. De allí, en el año 1992 quedó en insolvencia Aerolíneas Argentinas S.A. trayendo los perjuicios al Estado, los trabajadores y a la comunidad argentina que son de público y notorio.

En el caso de Aguas Argentinas S.A. se usó el mismo sistema que se había usado en Aerolíneas Argentinas. Por Decreto 149/97 el gobierno habilita la instancia negociadora, bajo la consideración que es posible que la empresa demande judicialmente al gobierno –lo que luego esta desmentido por una serie de informes de asesores independientes-, y por Dto. Presidencial 1167/97 de noviembre de 1997 se aprueba el Acta-Acuerdo celebrada entre el Estado Nacional y la Empresa Aguas Argentinas.

Porque no en este momento de angustias patrimoniales del Estado investigar a fondo estas cuestiones, que sin duda se practicó en otras privatizaciones o concesiones.

Esa jurisprudencia de la Corte del año 2002 viene a reforzarse con el fallo de la Cámara de Casación Penal, Sala IV, integrada por los Dres. Borinsky, Gimignani y Hornos en segundo fallo requerido por la Corte, con fecha 29 de agosto de 2018 en el caso “IBM- DGI” declarando imprescriptibles los delitos de corrupción en la década del 90 por sobrepuestos millonarios en licitación. Esto se combina con la interpretación que hemos dado al art. 144 CCC. La oposición de esta interpretación nacerá fundamentalmente de los propios posibles destinatarios de la previsión normativa. La experiencia en los juicios penales y la indemnización por los funcionarios de los daños por ellos causados, es frustrante. Los juicios penales sobre situaciones similares alientan las reales posibilidades de la vía civil que abre esta interpretación.

Los juicios penales sobre situaciones similares alientan las reales posibilidades de la vía civil que abre esta interpretación.

Ahora existen dos alicientes: la posibilidad de optar por la aplicación directa, lisa y llana del art. 144 CCC o de escapar a la prejudicialidad por la demora del proceso penal, buscando la indemnización a la Nación o a la institución pública que corresponda. En reciente fallo la Cámara Comercial de la Capital Federal recordó que la regla de prejudicialidad en favor de lo que resuelva la Justicia Penal a la hora de seguir con una causa civil no es absoluta, sino que admite excepciones, principalmente en casos en donde se puede llegar a presumir que el juicio criminal se extienda indefinidamente.

Con ese criterio, la Sala F de la Alzada revocó una resolución de Primera Instancia que decidió la suspensión del trámite de la causa “K.D.S., M.O. y Otros c/ M.M.N. s/ Ordinario” hasta tanto exista sentencia firme en la causa penal seguida contra la demandada por defraudación por administración fraudulenta y asociación ilícita. En ese contexto, los camaristas Rafael F. Barreiro, Juan Manuel Ojea Quintana y Alejandra N. Tevez analizaron la causa dentro de los parámetros del artículo 1775 del Código Civil y Comercial de la Nación, que prescribe que “si la acción penal precede a la acción civil, o es intentada durante su curso, el dictado de la sentencia definitiva debe suspenderse en el proceso civil hasta la conclusión del proceso penal, con excepción de los siguientes casos: a) si median causas de extinción de la acción penal; b) si la dilación del procedimiento penal provoca, en los hechos, una frustración efectiva del derecho a ser indemnizado; c) si la acción civil por reparación del daño está fundada en un factor objetivo de responsabilidad”. Además, los magistrados interpretaron que la prejudicialidad “resultará de aplicación siempre que un juicio civil se encuentre íntimamente vinculado al resultado de un proceso penal, atento que en todos los casos existe la misma razón de orden público que fundamenta aquella norma”, aunque reconocieron que “en forma previa, debe

establecerse si ambas acciones nacen del mismo hecho (arg. art. 1774 CCCom) porque si no fuera así las sentencias a dictarse no tendrían influencia alguna en la solución de la otra causa”.

Aplicada la norma a la causa en estudio, los camaristas admitieron que la prejudicialidad “no reviste carácter absoluto y cabe estar para resolverla a las particularidades de cada caso concreto”, y juzgaron que era inaplicable el instituto “cuando la dilación indefinida del trámite y de la decisión en el juicio penal provoca una restricción en el derecho de defensa por cuanto una sentencia fuera de tiempo es una sentencia en sí misma injusta y viola el art. 18 de la Constitución Nacional”, elementos que concurrían en este expediente. “Se presenta indefinida la duración de la causa penal, a poco que se repare en la circunstancia de que han transcurrido seis años desde su promoción y su estado actual es el de plena tramitación ante el Tribunal Oral Criminal n° 22, siendo que fue elevada a esa sede el 11/3/2013 llevándose a cabo en la actualidad la instrucción suplementaria pertinente”, explicaron los magistrados.

El art. 1775 CCC es una norma que permite al Juez, a su correcto arbitrio evitar la prejudicialidad de una cuestión penal sobre la acción de reparación de daños. Pensemos en daños generados por abuso de autoridad, pudiendo configurar el delito tipificado por el art. 248 del Código Penal.

## VII. APLICACIÓN INMEDIATA Y PRELACIÓN DE NORMAS

Un aspecto interesantísimo es la aplicación inmediata de la norma del art. 144 CCC, pues conforme al art. 7 CCC “se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, lo que sin duda permitirá que volvamos sobre la cuestión, no sólo para meditar sobre aspectos que se dubiten o contradigan, sino en torno a la aplicabilidad de la norma. A esta fecha, ya anticipamos que avizoramos la posibilidad de su aplicación a actuaciones generadas hace muchos años, como lo sería la reciente condena a un jefe de Estado y a dos de los miembros de su gabinete por distraer fondos reservados para beneficiar a sus colaboradores, o la falta de control de servicios públicos, o el “leverage buy out” en las privatizaciones de los 90, la actividad financiera ilícita tolerada y todo lo que el abuso de control, o la falta de control por no ejercitar las facultades propias del Estado que haya generado daño a la Nación, la Provincia, Municipio o a terceros. O sea, una herramienta contra la corrupción, los ineptos, los desinteresados...

El CCC sancionado como Ley 26.994, como así también la anterior Ley N° 26.944 llamada de Responsabilidad del Estado, incurren en una confusión (deliberada o no) de agrupar de una manera simplista, bajo la denominación de “responsabilidad del estado o de los funcionarios públicos”, cuestiones que exigen un método de análisis de los distintos supuestos posibles, y de los diversos ordenamientos jurídicos que se ven afectados.

Sin este necesario análisis y tarea adicional de precisión temática, se viola la Constitución Nacional, los Tratados internacionales suscriptos por la República Argentina, con vigencia operativa en todo su territorio (Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, y las leyes, entre las que adquiere significativa relevancia el nuevo CCC y sus normas específicas en cuanto confirmen y resguarden derechos impuestos por la Carta Magna.

Si la conducta del agente contraría una norma y en consecuencia es una conducta ilícita, y de este obrar u omisión, deriva un daño patrimonial para el estado o un particular, administrado o usuario, nace una responsabilidad indemnizatoria que se rige por el sistema jurídico que tutela el derecho de propiedad de rango constitucional y convencional internacional y constitucional. El tema de la responsabilidad no puede sustraerse del CCC, conforme su art. 1716, a Códigos Administrativos o Contencioso administrativos provinciales o municipales, generando recaudos especiales para

reparar el daño, pues se violaría el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional, con lo que concordó en su disertación inaugural de las Jornadas de Academias de Derecho Argentinas el Profesor Emérito Dr. Julio Altamira, ex Presidente de la de Córdoba, y lo hace Heredia como hemos ilustrado.

Por eso debe indagarse sobre el límite del Derecho Administrativo Federal y Provincial, de lo que son las atribuciones delegadas por las provincias al Congreso de la Nación en resguardo de derechos de rango superior y que se regulan de manera uniforme para todo el país, pues se trata de garantizar la libertad y la igualdad de todos los argentinos, preservando el catálogo de derechos que menciona la Constitución entre ellos el derecho de propiedad.

El derecho de daños no puede ser limitado por normas provinciales.

En esta interpretación que refiere específicamente a la responsabilidad de los funcionarios públicos, frente a la ilegitimidad de determinados actos u omisiones en el ejercicio del cargo o función, deberán ser sometidas al control judicial de los tribunales, civiles, penales o en lo contencioso administrativo, conforme sea la fuente legal que contemple la conducta reprochable o sea el ordenamiento legal que resulte de aplicación de manera expresa o por vía de interpretación e integración jurisprudencial determinará la competencia judicial del caso. La ley aplicable será la determinante de la jurisdicción. El presupuesto la existencia del daño y su conexidad a un obrar ilícito, arbitrario, de funcionarios públicos con poder de decisión.

La personalidad jurídica, y particularmente la de entes públicos, está destinada a asegurar el funcionamiento regular no solo de una sociedad sino de todo un país, incluso en el contexto internacional.

El uso antifuncional de esa personalidad por quienes tengan poder de control altera el sistema, pues si se aparta o apartan de sus obligaciones y derechos, en actuación u omisión ilegítima, se perjudica al Estado y/o a terceros.

Nos parece que sería injusto atribuir la ubicación definitiva del art. 144 CCC a un error del legislador, tanto de la Comisión Reformadora, del P.E. y de los miembros del Congreso que avalaron la redacción. La ley se desprende de la intención del legislador, y debe ser interpretada conforme su posición sistemática, y adviértase que, pese a la manifestación inicial limitativa, luego se expresa en la amplitud “utilización desviada del recurso de la personalidad que son susceptibles de producirse en cualquier clase de persona jurídica”, y sin duda en la persona jurídica pública, en sus diversas manifestaciones, como venimos interpretando.

Por otra parte, la ley 26.944 hace referencia al Código Civil vigente y no al Código Civil y Comercial cuyo art. 144 entendemos tiene un alcance sobre el punto generado por la ley posterior 26.944.

Es aplicable, en suma, a las personas jurídica públicas, específicamente por la expresión “controlantes directos o indirectos” a quienes hayan abusado de las mismas.

Cuando se habla de imputar, puede asignarse a esta expresión un doble sentido:

1) Imputación (o atribución) material (cuestión que es emplazada en el terreno de la relación causal y se circunscribe a determinar la autoría del hecho ilícito o del incumplimiento obligacional).

2) Imputación en el plano axiológico, que puede ser subjetiva (culpa o dolo) u objetiva (riesgo, garantía, equidad, etc.). La imputación aquí actúa como factor de atribución, o sea, el elemento axiológico o valorativo con arreglo al cual el sistema justifica que el sindicado como responsable deba resarcir el daño.

Responsabilizar significa atribuir (imputar) a alguien las consecuencias de un hecho dañoso (ilícito extracontractual o incumplimiento obligacional), lo cual supone algo más que la autoría material del hecho y la existencia de un factor de atribución: requiere esencialmente de daño y, además, en la inmensa mayoría de los casos, de antijuridicidad subjetiva en la conducta del dañador.

Los efectos de la conducta antijurídica o del uso desviado de la persona jurídica, implica una imputación de los perjuicios: la responsabilidad solidaria e ilimitada.

Es una integración de la teoría de la responsabilidad en las relaciones de organización personificadas. Autoriza una suerte de acción directa contra el controlante de hecho o de derecho que generó el daño abusando de la persona jurídica pública. No creemos que esta acción a una investigación o sumario previo, es una acción que nace del Código Civil y Comercial argentino dentro de la teoría general de la responsabilidad y del daño, no descartándose la posibilidad de unir la acción con la de prevención normada por los arts. 1710 y ss. CCC. El legitimado pasivo no podrá intentar ampararse en que no se le ha hecho sumario y que se ha violado el debido proceso exigido por la Constitución Nacional. Nada tiene que ver con la posibilidad de que sea el funcionario demandado suspendido, cesanteado o exonerado, que es un problema administrativo.

De lo dicho se sigue que la imputación de la actuación desviada de la persona jurídica a los controlantes que la hicieron posible importa que dichos controlantes de derecho o de hecho (art. 144 CCC) queden obligados personalmente por las obligaciones de la persona jurídica, no es más que la aplicación de los principios que rigen la inoponibilidad como especie de la ineficacia de los negocios jurídicos. Es fundamental que la inoponibilidad de la personalidad jurídica no significa la desaparición o desconocimiento de la persona jurídica pública, sino la atribución del daño a quién amparándose en el control que ejerce sobre esa persona, perjudicó a sabiendas, a la misma persona o a terceros.

### **VIII. VISIÓN SOCIOLÓGICA: LA RESPONSABILIDAD SOCIAL.**

Nos hemos referido al aspecto normativo, apuntado una visión axiológica y cabe ahora una mirada a la realidad social.

Vinculado a ello, y al tema que nos reclama decíamos hace más de una docena de años: “En la Argentina no debe haber sólo responsabilidad social empresaria, es decir que se limite a lo privado, sino que debe extenderse hacia los empresarios del sector público, desde donde emana el plan social y que se constituyen en los conductores de la comunidad”. Desarrollamos también la idea de que “Es fundamental reconstruir el contrato social en el país”, como “escenario para el crecimiento de la economía”, un crecimiento económico sustentable, con seguridad jurídica” y “evitar la sectorización entre ricos y pobres”, expresando “una gran confianza en el empresariado nacional que está asumiendo un rol de importancia para tratar de restablecer la ecuación de que lo productivo es lo principal y lo financiero lo accesorio”, imponiéndose “que la sociedad debe exigirle a la clase dirigente que, por lo menos, intente cumplir ese contrato social, formulándolo en políticas legislativas. El derecho y la economía deberían subsumirse a esa política. El derecho no tiene fines en sí mismo; no es una abstracción es para el hombre, como también lo es la economía”.

Esa exigencia debe dirigirse centralmente a quienes administran y gestionan al Estado, sin perjuicio de hacerlo también con el sector privado. Estas serían expresiones vanas, y quizá hoy así suenan, ante la pérdida de sentido de la responsabilidad social que implica que, tanto los privados, pero particularmente funcionarios y empleados públicos, cumplan el rol preciso de la actividad que deben desempeñar. Ello no se alcanza con trabas burocráticas, superposición de trámites y demoras

en la resolución de los casos o de los problemas. No advertimos vivir con un contrato social compromisorio, conforme al cual todos actúen con diligencia y lealtad. El Estado todo aparece afectado por la acción de propios y extraños, o sea empleados públicos (todos los que perciben remuneración de la Nación, las Provincias o los municipios, sean o no funcionarios), y enfrente el público en general, particularmente los asalariados privados que son los con más riesgos en la estabilidad de su empleo y de su remuneración. Se ha perdido el rumbo de la eficiencia.

Esta responsabilidad social va más allá de la ley –que a veces tampoco se cumple afectando nuestra idea del rol del derecho–, implica un compromiso en contribuir activa y voluntariamente en el mejoramiento social, económico y ambiental, en la convivencia. Quizá se lo pueda ver como un nuevo concepto en la administración y gestión de bienes públicos y privados, pero en realidad no es sino resaltar la base de las conductas humanas viviendo en comunidad.

Así: responsabilidad social empresaria de todos los que se desempeñen en la toma de decisiones o en la realización de trabajos y servicios para la comunidad. Casi suena como un grito desgarrador –pero al mismo tiempo de esperanza– en los momentos de violencia de todo tipo –delictual o pseudo jurídica– que vivimos.

#### **IX. UNA MIRADA NUEVA Y AMPLIA.**

Invitamos a una visión amplia de la responsabilidad de altos funcionarios. Debemos hurgar más: pensemos en directores, síndicos, auditores, o sea representantes orgánicos o integrantes de órganos de fiscalización de sociedades del estado, sociedades de economía mixta, sociedades con participación estatal mayoritaria o sociedades donde el estado tenga participación, en interventores judiciales, sindicatos....

La Nación, las Provincias y los Municipios han organizado muchas de sus actividades a través de Agencias descentralizadas, sociedades de economía mixta, u otros centros imputativos. La actuación desviada, ilícita, que pudiera desarrollarse en los mismos no escaparía a esta teoría de la responsabilidad.

Hasta porque no a fideicomisos públicos, centros imputativos no personificados con particular regulación, que no pueden escapar a la teoría general de la responsabilidad.

La situación excepcional que vive el país, ajena a toda voluntad política o social, impone seguir insistiendo en la construcción de un sistema de solidaridad social, de eficiencia, de responsabilidad general, para satisfacer no sólo los daños indebidamente causados –no los que resulten de riesgos operativos–, a los que nos estamos refiriendo, sino a la pandemia y crisis general.

El Estado, nacional, provincial o municipal, será el más beneficiado de esta teoría, no sólo por su alcance disuasivo preventivo, sino por la posibilidad concreta de accionar directamente contra el responsable para la reparación del daño sufrido.

#### **X. INVITANDO A MEDITAR.**

Quizá se imponga pensar en procesos complejos constructivistas con unidad sistémica. Una interpretación dúctil del derecho, siempre bajo el palio constitucional, que otorgue previsibilidad tanto al obrar como al sentenciar. Eso hace a la seguridad jurídica, a la previsión del funcionario que si desvía ilícitamente su obrar deberá reparar daños, con similar conclusión para el perjudicado: que

podrá reclamar directamente al funcionario arbitrario, sin enredarse con la forma de litigar del Estado, que todos conocemos y padecemos.

No podemos aceptar conformarnos con lo que esta pasando, como si fuera una costumbre contra legem. Pretendemos nuevas miradas que tiendan a disuadir conductas ilícitas. No parece fácil romper con jurisprudencia conformista.

Se trata de una imaginación controlada por la norma, una interpretación posible pues no se infringe ley alguna, la “fantasía” de imaginar situaciones límites y acotarlas en una norma, particularmente para que los actores que dañaron no se enmascaren en la aparente legitimidad de una actuación estatal –nacional, provincial, municipal o de entidades públicas similares-. No se trata de dejar libre la imaginación, sino liberar la fantasía intelectual para imaginarse situaciones y ponerlas en un marco normativo, sistémico y lógico, asegurado, es la intuición socio jurídica, la fantasía controlada o sea la intuición axiológica y la percepción sociológica (política), asegurada normativamente y siempre dentro del marco de nuestra Constitución Nacional.

¿Porque poner al margen de este sistema al funcionario público que usa la persona jurídica pública para su beneficio o para terceros, perjudicando a la misma persona jurídica pública o a terceros?

Nuestra opinión, es afirmar categóricamente que el derecho local provincial, no puede afectar los derechos y garantías que protegen el derecho de propiedad que emana de la Constitución Nacional.

No rechazamos la posibilidad del reclamo en sede administrativa, sólo sostenemos la existencia de otra vía genérica, quizá mucho más efectiva y que aceptada por la doctrina actúe disuasoriamente sobre la tentación de funcionarios con poder.

“La dogmática jurídica, cumple un papel sobresaliente, al elaborar conceptos y clasificaciones que facilitan el trabajo del operador jurídico, investido de la función de decidir. Así considerada, la Dogmática aparece como lo opuesto de la justicia. Mientras ésta expresa la unidad del sistema aquella refleja su complejidad... hoy se tornan predominantes los procesos de decisión compleja, fundados en una epistemología constructivista que reivindica criterios de unidad y apertura sistémica, junto con recursividad transformacional y perspectiva teleológica... ‘La ley no está determinada ni por autoridades exteriores a ella, ni por la autoridad de los textos, ni por el poder de las palabras, ni por la ley natural o la revelación divina, la ley está determinada de manera autorreferente, descansa sobre su propia realidad positiva. La ley debe su validez a esta autorreferencialidad: la aplicación de operaciones legales a los resultados de las operaciones legales. Por tanto, la validez del derecho no puede ser importada desde fuera sino solamente producida desde dentro del derecho’... Implica que el derecho se ha emancipado de otro tipo de racionalidad y cuenta con enfoques y respuestas propias frente a sus problemas... el tema crucial de nuestro tiempo: la complejidad. Al hacerlo, han permitido advertir, en lo que al derecho concierne, el aumento incesante de la opacidad, que acompaña al incremento también incesante de complejidad, como consecuencia de la mayor diferenciación del subsistema jurídico, de la variabilidad en aumento de sus prestaciones y de la singularización permanente de sus comunicaciones”. Y en la ruptura del contrato social, de la ética, de la convivencia...

Lo fundamental: la aceptación de esta vía tendría un efecto disuasorio, por presencia previniendo actos de corrupción. Esta visión generará debate que, sin duda, es el motor del perfeccionamiento del sistema jurídico desentrañando el verdadero alcance y efectos de las normas, conforme sus valores y principios.

Para meditar en tiempos turbulentos donde la pandemia sanitaria y el confinamiento social impone la mayor transparencia en el obrar de los funcionarios públicos, ante la situación de un país agobiado por obligaciones externas y con el espíritu de apoyar la crisis empresarial agudizada y atender a una marginalidad poblacional inocultable y que impone su recuperación.

**Reseñas Bibliográficas**

**PROLOGO DE EFRAÍN HUGO RICHARD EN EL LIBRO "GARANTÍAS MODERNAS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. FIDEICOMISO DE GARANTÍA. CESIÓN EN GARANTÍA. GARANTÍAS A PRIMER DEMANDA. FACATORING. LEASE BACK O LEASING DE RETRO"<sup>111</sup>**

Prólogo es “el escrito antepuesto al cuerpo de la obra [...] Aquello que sirve como de exordio o principio”. Estas líneas estarán antepuestas al libro que presenta a la consideración pública Humberto Vargas Balaguer, pero impone referirme al principio que llevo a ejecutar esa obra y como una primera parte, pues un prólogo debe tender a incitar la lectura del libro al que se introduce, Pero también un prólogo puede, sin ser una investigación y partiendo de la obra a la que se introduce, mirar hacia el futuro. En materia jurídica siempre implica un desafío a los intérpretes, a la judicatura. La respuesta del derecho más que aumentar la complejidad de las normas debería ser la de reducir metodológicamente las cuestiones a géneros comunes, a principios generales.

1. Ese desafío ya lo había asumido el Codificador Vélez Sarsfield citando a Ortolan en nota al art. 973 del derogado Cód. Civil: “Las prescripciones de la ley pueden recaer sobre tal o cual elemento constitutivo de la forma, o sobre muchos de ellos, o sobre todos a un tiempo. Otros actos no exigen para su existencia, ninguna forma especial prescripta, con tal que se hayan verificado y que puedan justificarse. Los progresos de la civilización, agrega, espiritualizan las instituciones, las desprenden de la materia y las trasladan al dominio de la inteligencia. Esta tendencia se manifiesta eminentemente cuando se observan los actos jurídicos. Con tales actos una civilización adelantada, se asocia inmediata y principalmente a lo que es espiritual, a la voluntad, a la intención; no pide a la materia sino lo que es indispensable para descubrir y asegurar la voluntad. En las sociedades poco adelantadas era preciso impresionar profundamente los sentidos para llegar al espíritu. La voluntad, como todo lo que no tiene cuerpo, es impalpable, penetra en el pensamiento, desaparece y se modifica en un instante. Para encadenarla era preciso revestirla de un cuerpo físico; pero ¿cuáles serán esos actos exteriores que darán a los actos jurídicos una forma sensible? La analogía servirá de regla. Estos actos se hallarán en una analogía cualquiera con el objeto que se quiere conseguir, con el derecho que se quiere crear, modificar, transferir o extinguir. De aquí se llegó al símbolo, porque el símbolo no es otra cosa que la analogía representada en cuerpo y acción”.

2. El derecho de las garantías ha experimentado una notable evolución, lo que ha llevado a ensanchar su concepto hasta límites antes impensables. Sus fronteras se amplían continuamente obligando a replantear las bases establecidas. Para dar respuesta a las necesidades y requerimientos de la práctica negocial y ante la insuficiencia de las garantías tradicionales, fueron apareciendo nuevas formas de tutela del crédito no contempladas por los textos legales, el amparo de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual.

El Código Civil y Comercial de la Nación regula varias de las denominadas “garantías modernas”, implicando una sustancial modificación respecto al régimen anterior y, a su vez, generando nuevos interrogantes y problemas. De ello se ocupa Vargas Balaguer en esta obra, comenzando con el

---

<sup>111</sup> Autor: Humberto G. VARGAS BALAGUER, Ed. Astrea. Buenos Aires, segunda quincena de marzo de 2021. 256 páginas.

estudio del moderno derecho de las garantías. Posteriormente, se introduce de lleno en el tratamiento de tres garantías en particular que han sido tipificadas por el nuevo ordenamiento: fideicomiso de garantía, cesión en garantía y garantías a primera demanda, abordando cada tema en profundidad y amplia información, y brindando su opinión al respecto. Finalmente, examina dos figuras que, teniendo otros fines o finalidades múltiples, son utilizadas como negocios indirectos con finalidad de garantía, tal como sucede con el leasing (mediante el lease back o leasing de retro) y el contrato de factoraje.

A lo largo de seis capítulos el autor nos ilustra con precisión y fundamentamente los aspectos teóricos prácticos más relevantes de las llamadas garantías modernas a la luz de la regulación del Código Civil y Comercial; libro que tuvo su origen en la tesis doctoral que dirigí, en la cual Vargas Balaguer centró su investigación en una de las figuras aquí analizadas: la cesión en garantía, que en ese entonces carecía de previsiones normativas, incluso cuestionándose su licitud y generando múltiples problemas, particularmente en el caso del concurso del cedente.

3. La historia no es precisa en la mente de un hombre, particularmente cuando las referencias no adquieren el carácter de una investigación histórica sino una suerte de dejarse llevar por recuerdos vívidos, que son parte de mi, aunque tengan cierta inseguridad temporal, particularmente al final de un camino donde se impone hablar con crudeza de lo que siento que nos aqueja. Lo que tengo seguridad es que los hechos así ocurrieron, o a mí me parece que así ocurrieron, pues forman parte de mi vida y han forjado mi pasado, mi presente y, quizá, mi futuro. Cuando en el año 64 me vinculé a esta Universidad Nacional de Córdoba, después de ejercer ya 9 años la profesión en esta Ciudad, pero egresado de la Universidad Nacional del Litoral, fui recibido por los grandes maestros que gestaron la Escuela Comercialista de Córdoba. La huella que dejó en mí esas las sesiones semanales de Instituto fueron imborrables y habían de acompañarme hasta este momento, y son las que siguen impactándome frente a ciertas conductas actuales.

Lo antedicho lo recuerdo porque lo he experimentado en mi relación con este joven jurista, de asumir lo que me explicara –hace ya unos cuantos años en diálogo compartido con el maestro español Ángel Rojo- el eminente mercantilista español Aurelio Menéndez Menéndez, preceptor entonces del príncipe español, actual Rey: "La inteligencia del maestro es saber ser -a su tiempo- discípulo de su discípulo", y esto lo refiero a la pléyade de jóvenes jusprivatistas, algunos ya profesores, otros docentes, otros investigadores que vienen con sus vocaciones desplegando un esfuerzo que se corresponde con esa vieja tradición del Instituto de Derecho Comercial. Así encontramos que la mayor satisfacción de quien ha colaborado en la formación intelectual de profesores, consagrados en una dinámica grupal creativa y perfeccionadora de lo de sus discípulos".

Y en Humberto Vargas Balaguer veo las huellas de esas expresiones y vivencias, hoy algo abandonada por el individualismo y el profesionalismo. Es un egresado de la Universidad Nacional de Córdoba, pese a vivir y ejercer en otra Provincia, que regresó después de 10 años de haber egresado, acercándose ávido a la Escuela Comercialista de Córdoba. Me tocó satisfacer sus inquietudes, encauzar diálogos e ideas, y luego asumir el rol que me impuso, donde sin duda aprendí. Se impone referirme al autor, tercera generación de abogados, continua una triple generación de profesionales: fundado en el año 1933 por su abuelo paterno Dr. Humberto Solano Vargas Echegaray –aunque su abuelo materno también lo era: Humberto Gonzalo Vargas Balaguer- integrado hoy por sus descendientes y su señor padre, entre otros profesionales, Dres. Humberto Gabriel Vargas Echegaray, Luis Adolfo Vargas Echegaray. Es un jurista de 51 años, que nació y ejerció la abogacía por 24 años, y actualmente se desempeña en la Secretaría Letrada de la Corte de Justicia

de San Juan, con amplia capacitación. *Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba –tesis sobresaliente-* donde también se recibió de abogado en 1994, con postgraduación en “Derecho Empresarial”. Universidad Argentina de la Empresa (UADE)- en la especialización en “Mercado de Capitales”, con Tesis sobre “Fideicomiso y Securitización”, postgraduado en “Derecho Societario actual”, Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, y posgrado en “Las Garantías. Tendencias Actuales”, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo-Mendoza, Magister en “Justicia Constitucional y Derechos Humanos” por la Universidad de Bolonia, Italia; sin duda un hombre preocupado en su capacitación. Profesor Titular de la Cátedra de “Derecho Privado V” (Sociedades y Seguros) y de “Contratos Modernos”, y Asociado de “Derecho Privado IV# (Contratos) Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo. Profesor asociado de “Derecho Comercial” Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad Católica de Cuyo. Profesor asociado de “Derechos Humanos y Garantías” Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Congreso, sede San Juan. Profesor de postgrado en la “Maestría en Derecho Empresario”, en la “Diplomatura en Derecho Privado” y en la “Diplomatura en Derecho Laboral y Riesgos del Trabajo” Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo – San Juan- como igualmente Profesor de la Escuela de la Capacitación Judicial de la Corte de Justicia de San Juan, Exprofesor de “Introducción al Derecho Comercial”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo, San Juan (desde 1997 a 2009). Tiene publicados manuales en coautoría o como partícipe en las Cátedras en que profesa, otros libros en coautoría, artículos, ensayos y ponencias, activo participante en Congresos y Jornadas, conferencista, y múltiples actividades académicas muestran el perfil de este formado jurista, que hoy presenta a consideración este libro.

Se perfila en Vargas Balaguer la calidad que lo integra a hombres íntegros que revaloricen ese rol arquitectónico y que son necesarios. Hombres que unen a la técnica jurídica la sensibilidad de destinar ese orden al hombre viviendo en sociedad. Humberto practica esa decencia y rechaza con intolerancia cierta displicencia en asumir esas responsabilidades, con su capacidad ilimitada de trabajo, donde a veces desperdicia la sinergia grupal encerrado en su visión personal.

4. Algunas reflexiones sobre las resistencias al cambio. "El hombre no vive en un espacio vacío, y debe imponer lo que quiere hacer realidad en un medio determinado y contra la resistencia de su medio. El poder es en ese sentido la facultad de crear espacio para el propio desarrollo y afirmarlo, y con ello el afán de imponerse a la resistencia del medio. Esto vale ya en el dominio puramente espiritual. Cada estilo artístico nuevo, cada nueva teoría científica no es aceptada de antemano con beneplácito, sino que se presenta al principio como una interferencia molesta con las concepciones tradicionales y debe imponerse trabajosamente a la resistencia de éstas". –

Con el pensamiento precedente queremos expresar las dificultades que debe afrontar todo investigador, aun cuando vuelva la vista hacia atrás, buceando en principios generales del derecho, para retomarlos y reformularlos. Porque la visión sistemática del autor lo es en poner en claro los fundamentos de la responsabilidad en el derecho privado, pero en sus modernas proyecciones. En el tema de responsabilidad, la cuestión no es tanto nuevas normas sino poner en claro cuál es el objetivo de esas normas: si penar o restablecer. El método de cambio, de construir el sistema jurídico a través de las relaciones de cambio, tanto en su génesis autónoma como en el cumplimiento heterónomo (a través del sistema judicial) está en crisis. Frente a su fracaso, o por lo menos frente a su cuestionamiento, aparece lentamente el método de empresa o de organización global, donde se intenta poner atención a los efectos que genera una relación entre partes frente a

la comunidad o terceros indeterminados. Ello es en particular en torno a las relaciones de organización, de los contratos para organizar emprendimientos y facilitarlos, como también de ciertas conductas nefastas en sociedades concursadas y en esos procesos. Se impone así, en la legislación mercantil, el método de empresa o de organización, que trata de analizar en su conjunto una serie de actos o contratos conexos conforme su finalidad, según su funcionalidad, y analizar el conjunto normativo o no las normas de una única ley, no encontrando prohibiciones en la misma, cuando constituyen verdaderos fraudes a la legislación general y particularmente a normas imperativas de la organización societaria.

Se impone en la legislación unificada, para el derecho patrimonial negocial, el método de empresa o de organización, que trata de analizar en su conjunto una serie de actos o contratos conexos conforme su finalidad, según su funcionalidad. Y el Código enfatiza los temas de responsabilidad en el sistema de empresa: prevenir el daño.

Las garantías modernas, que cuidadosamente desarrolla el autor ante las nuevas normas del Código Civil y Comercial, implica afrontar el desafío, ante la desaparición del crédito en nuestro país, de desenterrar técnicas jurídicas y combinarlas hábilmente con nuevos institutos para el financiamiento de la actividad productiva.

Implica asumir la realidad de los efectos nocivos de la globalización financiera, unida a una entronización del economicismo improductivo en el país, presentando por una parte un instrumento de garantías máximas para el financiador, como lo es la cesión de créditos en garantía, de auto satisfacción que acota riesgos que debería atraer capitales a bajo costo.

Somos observadores de la realidad compleja –como requería Joaquín Garriguez a los comercialistas-, y en la misión de itinerantes profesores, tratamos de mantener la vocación en el derecho como instrumento de cambio, con igual criterio el autor, en lo metodológico plantea el examen de la realidad y las necesidades del tráfico, y particularmente los problemas en los casos de concursos.

La posmodernidad utilizó el método de la lógica de la abstracción como proceso y resultado investigativo, como ya se había hecho a principio de la modernidad como señala Albert Sobouk, presentando al derecho desde ese discurso. El derecho aparece como una cuestión de fin en sí mismo, como ahora la economía –en realidad el economicismo- y, sirviéndole al derecho, la exaltación de la individualidad aparece en reemplazo de la socialización de los derechos. Se evita la reflexión epistemológica tratando de esparcir conceptos separados o discontinuos, aislados del contexto, de sus incidencias en lo social. El derecho no se puede construir en la dogmática de la abstracción, de espaldas al hombre, como erudita ilustración, conforme critica Reinhart Koselleck, sino dentro y no fuera del fenómeno social, como orden del orden social pretendido, y el jurista no puede ser neutral en torno a ello.

El neoliberalismo económico –muy distinto del político-, pretende hacernos creer que es necesario primero consolidar un modelo económico, donde la desregulación y la no injerencia del Estado van a optimizar la redistribución por el mercado y que llegará a todos los rincones de la tierra con sus beneficios. Sin embargo, realiza esta transformación con la postergación del derecho de los marginados, quiebras y desempleo, y se coloca a la economía al servicio de la economía misma, como algo centrípeto. La economía del azúcar sufrió ese proceso.

Incluso con criterio paleocapitalista se pone al capital en el centro de la escena, postergando lo productivo, sin advertir que lo financiero es accesorio a esto, que el capital no produce riqueza y que sólo se justifica cuando acompaña al empresario ayudando a desarrollar su ideación y tomando

sólo una parte de la ganancia. De no respetar ese principio lo financiero sólo lograra extraordinarias utilidades en forma efímera antes de un colapso total. Ya se han advertido algunos signos de esa autoliquidación con el colapso de sociedades gestadas y desarrolladas en el “primer mundo”, con sofisticados sistemas de control y auditorías.

5. Es que para devolver el equilibrio es necesaria otra mística: la de la vocación por el derecho como instrumento de paz social y equilibrio económico. Claro que para esto hay que tener en claro que orden social se pretende para nuestra comunidad. Y definido ello saber que técnicas jurídicas deben emplearse para asegurar el orden social pretendido.

Resalto la visión integral, como lo hace Norbert Reich en “Mercado y Derecho” del doble carácter del derecho que, por un lado, organiza los procesos que discurren conforme a las reglas de una economía de mercado, poniendo a su disposición normas e instituciones (en especial el contrato, la propiedad industrial, etc.) y por otro, se convierte en un instrumento del Estado para ejercer su influencia en dichos procesos y obtener la consecución de determinados objetivos de política social u orden público. Así pues, el derecho resulta de este modo instrumentalizado doblemente: por parte del Estado (social) y por parte de los agentes que actúan en el mercado.

Pero el derecho comercial, con su internacionalización, cada vez tiene más contacto con la aplicación financiera que con la económica, lo accesorio y auxiliar ahoga a lo que le da razón de ser.

Advertimos que la responsabilidad de los acreedores puede no ser sólo la de dar créditos abusivos, impagables, facilitando la corrupción, sino también la de prolongar la insolvencia de una empresa, de un país, siguiendo otorgando crédito permitir el agravamiento de la situación y que los gobiernos traten de despreocuparse del país, para endilgarle el problema al próximo gobierno (así lo hemos sostenido hace muchos años).

Donde el tema abordado por Vargas Balaguer toma centralidad es ante la crisis de las sociedades. Desde la contratación de la cesión de la cartera de créditos con entidades financieras, obteniendo adelantos –conociendo o debiendo conocer que la sociedad está en cesación de pagos cuando no en insolvencia- e inmediatamente presentarse en concurso preventivo –o A.P.E.- solicitando como medida precautoria que el Banco o entidad financiera devuelva esa cartera, incluso lo cobrado de la misma, so pretexto de la “par conditio creditorum”, como el laberinto de la verificación –monto y graduación de la cesión en garantía- y los cuestionamientos a la misma, son parte de la degradación de la figura y los postreros altos costos en que se ofrece al mercado, contradiciendo las previsiones de las técnicas crediticias. Los temas son afrontados.

Las garantías modernas y su regulación en el Código Civil y Comercial por su carácter de garantía autoliquidables, casi invulnerable en la integración financiera de capitales a través del sistema de los bienes atribuidos, alejándolos de riesgos que no sean los propios deben ser afrontados con seriedad por los jueces concursales a través de las nuevas normas que brinda el Código Civil y Comercial para su actuación preventiva.

6. La globalización económica –mejor dicho, la financiera- exige el aseguramiento de la libre migración de capitales y la estabilidad de su valor (inconvertibilidad). En ese eje la obra ahonda en instrumentos que brindan seguridad a los inversores.

La disminución –casi eliminación- del riesgo de incobrabilidad por la instrumentación que se propone cuidadosamente dentro del análisis económico del derecho, debería significar la baja de

los costos del dinero. Implica toda una concepción que debería ser recibida adecuadamente por la comunidad, incluso por las autoridades para contribuir a la superación de los problemas financieros descriptos sin afectar substancialmente las supuestas “reglas del mercado”.

¿A cuento de que viene todo esto? Es que esa es la visión correctamente dual del derecho que reconozco en este libro, donde se analiza el campo de actuación de la autonomía de la voluntad, en las herramientas que autoriza el legislador, y en las asimetrías que genera el mercado constata las transformaciones habidas en la estructura económica y las dificultades para la industria y el comercio.

Para ello ese segundo rol del derecho, que dispone el Estado para reequilibrar la situación de poder fáctico, considerando a la institución contrato como herramienta de calidad de vida; en la existencia de la idea común en los poderes constituidos de construir condiciones para que la sociedad civil actúe con eficiencia en búsqueda de la justicia y equidad, evitando la actual contradicción entre sociedad civil versus Estado como lo plantea el neoliberalismo al decir de Anthony GIDDENS en *Consecuencias de la modernidad*.

Estamos acostumbrados a comprender el derecho como una proyección de nuestra subjetividad, lo hemos privatizado. Así actúa el gobernante que ignora el estado de derecho: las razones de Estado o sus razones le permiten hacer un derecho ad hoc, en nuestro país el derecho de la emergencia económica del propio Estado. Somos individuos antes que ciudadanos. Decía Borges que las generalidades como el Estado o la sociedad nos parecen entelequias. El resultado es, como lo describió el filósofo argentino Carlos Nino, un país al margen de la ley. Es que tenemos un derecho ambiguo, que cada uno cree hecho a su medida, y terminamos instaurando un “orden público de protección de la parte fuerte”, en ausencia de frenos y garantías.

No hay duda que, a la capacidad de investigación del autor, que con gran idoneidad señala los nudos teóricos tan bien abordados, se une el realismo del profesional que, sin distraerse en aspectos escenográficos integrativos que, con frecuencia, desvían una investigación, logra una comunicación que aquí se presenta con calidad doctrinaria y alta utilidad profesional.

7. La vocación y capacidad intelectual, como las desplegadas por el autor en este libro, abre la esperanza en un período de desesperanza en lo económico y social.

Una pseudo revalorización economicista cuestiona el rol de las ciencias jurídicas y la de los hombres de Derecho, sin advertir que esas ciencias sólo construyen el orden del orden social.

Bienvenida la creación constructiva que permita el desarrollo de la actividad económica, a la que sin duda se debe postergar toda actividad financiera o apetencia fiscal.

Si alguna moraleja se quiere extraer de lo antedicho, será la invitación a los estudiosos a asumir el compromiso de comprender la elaboración de pautas para que, en la complejidad del tema, permitan actuar directamente sobre la realidad que se desea gobernar.

Quizá debamos pensar en la revolución de los intelectuales, normalmente alejados de la política, para desde una visión humanística, no alentados por ningún lobby o grupo de interés, obliguemos a repensar el país, determinando que no hay un solo modelo –máxime cuando este no se exhibe metodológicamente como un “modelo”- y que una revolución en paz a través del derecho es posible, justamente imponiendo el cumplimiento de normas fundamentales para la estructura y funcionamiento de un conjunto social, evitando que se acentúe la sectorización que vivimos,

marginando cada vez más a las personas del sistema jurídico, del que muchos poderosos ya se han marginado voluntariamente.

Como volver a aquellos tiempos en que los catedráticos y profesionales más distinguidos donaban su tiempo para perfeccionar las normas, interpretarlas y formar la gente joven a la que generosamente vinculaban a sus desvelos. Es que un profesor universitario, un académico, debe tener un perfil muy particular. No bastan sus conocimientos, sino que debe evidenciar sus investigaciones en producción palpable. Pero también es necesario tener conciencia grupal para convivir en equipos para preparar los futuros abogados, los futuros docentes y la futura legislación. La formación de recursos humanos parece una tarea indispensable donde se une a la capacidad la donación del tiempo, de la paciencia y la tolerancia, en lo que también ha demostrado su idoneidad el autor. Bienvenido Vargas Balaguer.

Universidad Nacional de Córdoba, 2015.

**PROLOGO DE EFRAÍN HUGO RICHARD EN EL LIBRO "DERECHO ARGENTINO DE SOCIEDADES"<sup>112</sup>**

1. José Pablo SALA MERCADO me ha entregado el archivo de un libro para que lo prologue, "Derecho argentino de sociedades".

Este joven jurista, doctorado, profundo analista del desarrollo empresarial, del derecho digital, la competencia, las modalidades de financiación, incursiona en su primer libro sobre sociedades. Inquieto ensayista aborda ahora una visión parcial del derecho societario pero engarzada en una visión globalizante, incluso para información de extranjeros sobre nuestro sistema corporativo.

Presenta así al Derecho argentino de sociedades con una Introducción general **§1**. El contexto general del país I. geografía II. Composición cultural III. Sistema político IV. Estadística de población y empleo .... V. Estadísticas de empresas, corporaciones y sociedades .. VI. Valores sociales y culturales VII. Esfuerzos de privatización. **§2**. El trasfondo histórico de las corporaciones y sociedades. a) Código de comercio de 1862.... b) Código de comercio de 1889.... c) Código civil de 1871 reformado en 1968 por ley 17711 d) Ley 19550 de sociedades comerciales ...

Centra así su atención generando un cuadro de situación de las relaciones de organización personificadas, aptas para generar un patrimonio independiente con personalidad jurídica, configurando las herramientas para emprendimientos, crear empleos o simplemente organizar una actividad.

2. Un libro es una sorpresa, una aventura, un regalo. Cuando un libro llega a mis manos es como un regalo, lo "desenvuelvo" sorprendiéndome con su título -la promesa- y su contenido -el índice-, hurgo algo sobre los antecedentes del autor, y -conforme al interés suscitado- me sumerjo con premura en su lectura.

Sala Mercado nos hace un honor inmerecido al encargarnos esta pieza introductoria, quizá por compartir actividades, particularmente en la Maestría de Derecho Empresario de la Universidad Blas Pascal, sayos y con todos Congresos y Jornadas, donde acredita su vocación por la ciencia jurídica y su enjundia para enfrentar los desafíos de la realidad, la norma y la justicia con sencillez y equilibrio. También nos une una vieja amistad con sus padres, a José Pablo hijo (el autor) lo conozco desde que nació, seguí sus progresos en España, y compartí muchas jornadas con él.

Un "prólogo", conforme al Diccionario de la Real Academia, es "En un libro de cualquier clase, escrito antepuesto al cuerpo de la obra", claro que normalmente se introduce después de tomado conocimiento de la obra, podemos decir que es "pospuesto" -aunque se infiltre en las primeras páginas del libro que empezamos a leer mientras gestamos pensamientos que introducimos en este "prólogo".

No son estas líneas, por tanto, un introito a la riquísima temática de las sociedades en la República Argentina conforme la configuración de la Ley General de Sociedades vigente desde el 1° de agosto de 2015 coetáneamente con el Código Civil y Comercial -CCC-, que recoge la idea de una mayor autonomía de la voluntad que se bosqueja para las relaciones de organización personificadas como sociedades. Libertad bajo responsabilidad.

---

<sup>112</sup>Autor: José Pablo Sala Mercado, Ed. Lerner, 2021.

Inicialmente pensé en lo que aprendería en la lectura de esta nueva obra para indicarlo y motivar a los especialistas de las ciencias económicas y jurídicas a incursionar en su lectura, resaltando algunas "muestras" de ello. Pero, la prolijidad de los enfoques que contiene, generó una tarea académica imposible. Ahora sólo puedo recomendar su cuidadoso recorrido, pues se incursiona meticulosamente en la aplicabilidad de las nuevas normas a la realidad de las sociedades.

En esa tarea sigue José Pablo sobre "§3. Definiciones y estructura de las corporaciones y sociedades. I. Diferentes formas de corporaciones y sociedades .... II. Distinción entre estructuras y consecuencias .... a) Sociedades de la Sección IV b) Sociedad Colectiva ... c) Sociedad En Comandita Simple d) Sociedad de Capital e Industria .... e) Sociedad de Responsabilidad Limitada .... III. Sociedades Civiles y Comerciales .... IV. Asociaciones sin fines de lucro y otras personas jurídicas corporativas ..... a) Asociaciones civiles ..... b) Simples Asociaciones .... e) Fundaciones .... d) Cooperativas.... e) Sociedad por Acciones Simplificada I. Demandas de un contexto económico, jurídico y social II. Marco Legal. Notas características de las SAS III. El acto de constitución y el instrumento constitutivo IV. Limitaciones ... V. Capital social. VI. El objeto social VII. Simplificación de trámites .... VIII. Organización societaria .... IX. Libros, registros y documentos digitales... X. Transformación ... XI. Ley de contrato de trabajo .... XII. Prelación normativa .... XIII. Resolución alternativa de conflictos..."

La unificación de la materia civil y comercial, y obvia mente de las sociedades civiles y comerciales, este último con un sistema sencillo, quizá lacónico, es coherente con las tendencias que se formulaban en los 80, coherente con lo que -entre muchos otros- expresaba Broseta Pont" ... la materia que constituye el contenido del Derecho mercantil moderno cobra homogeneidad y sustantividad propias por la presencia de tres datos o fenómenos constantes: el empresario, la empresa y la actividad externa desarrollada por ambos... aquella parte del ordenamiento privado que regula a los empresarios mercantiles y su estatuto, así como la actividad externa que aquéllos desarrollan por medio de una empresa. Por tanto, el Derecho mercantil no es el derecho de la empresa, sino el de su titular y el de su actividad externa ... ", que recogía antecedentes alemanes, franceses e italianos, y especiales posturas y cuya mejor expresión son las relaciones de organización personificadas que constituyen el derecho societario moderno conforme la concepción que venimos desarrollando desde hace casi 40 años. Así expresábamos en 1981 "La irrupción de la noción de empresa en el derecho mercantil, ha obligado a reformulaciones sobre la materia comercial misma, sobre el sistema de organización jurídica de la empresa a través del derecho societario, sobre las dificultades económicas de la actividad empresaria en el derecho concursal y en todo lo referido a los nuevos sistemas y técnicas operativas ... ". El art. 320 CCC sintetiza esa tendencia y solución.

La diferenciación entre objeto civil y comercial no califica las sociedades desde 1972, pues con la sustitución de las normas del Código por la ley 19550 se eliminó la prohibición de que las sociedades comerciales tuvieran objeto civil. Desde ese momento se podían constituir sociedades comerciales o civiles que podían asumir cualquier objeto, sea civil o comercial.

3. El capítulo "Antecedentes" no sólo ilustra sobre la evolución legislativa. Particularmente, en orden al régimen derogado de la Sección 4ª., desde la meneada concepción sobre la personalidad de esas sociedades conforme una desgraciada adjetivación en la Exposición de Motivos original de la ley 19.550, y todas las dificultades e incongruencias reales y doctrinales sobre ese conjunto de normas. Una autopsia cuidada del régimen "muerto".

Recoge las novedades introducidas en el año 2015, conforme el anteproyecto en que Rafael Manóvil, Horacio Roitman y Nosotros creímos con ese aporte haber actualizado el régimen de la sociedad-persona jurídica, unido a lo que sobre "Personalidad jurídica" se incorporó al Código Civil

y Comercial -CCC-, otorgando amplia libertad de la organización societaria, pero los tiempos demuestran la estrechez de nuestros pensamientos, no sólo por la acotada regulación de la sociedad constituida por declaración unilateral de voluntad en ese momento -contrariando nuestra posición retenida en la Exposición de Motivos-, sino por la intensificación a la creatividad en la ley de emprendedores con la sociedad por acciones simplificada (Ley 27.349 Título III) -libertad sólo acotada por las normas imperativas conforme el art. 150 CCC.

Pero al mismo tiempo una sistemática constructivista de lo que había que cambiar, un justificativo de la reforma. Imperdible. Una apostilla, la "protección de los terceros" se encuentra bien "protegida", incluso por la responsabilidad de administradores y socios, cualquiera sea el régimen de responsabilidad del tipo societario, por aplicación de la teoría general de la responsabilidad cuando existiere daño, una antijuridicidad vinculada a acciones u omisiones de aquellos. El art. 167 in fine del Código Civil y Comercial aclara la ambigua expresión del art. 99 Ley General de Sociedades.

Formulamos otra apostilla, hay una tipología de primer grado en torno a sociedades que es cuando un negocio jurídico se cataloga como sociedad conforme el art. 1º LGS y una tipología de segundo grado determina, frente a la existencia de sociedad, como se la clasifica o tipifica. No es necesariamente la calificación que formalizan los contratantes lo que tipifica el negocio, sino su realidad. Así, muchos contratos asociativos, que no son persona jurídica, podrían ser calificados como tales por exorbitarse la modalidad operativa tipológica: los partícipes pierden individualidad y los mandatarios operan como indebidos representantes orgánicos, desnaturalizando peligrosa y costosamente la relación.

No habiendo manifestación escrita de la existencia de la sociedad emanada de los socios, debe probarse desde la existencia misma de la sociedad como titular de un patrimonio independiente y, por lo menos, de quiénes la constituyen. Una prueba de ello podrá ser la CUIT, la adquisición de bienes registrables o los poderes -mandatos- que pudieran necesitar emitir para poder relacionarse con terceros, incluso los que éstos le requieran a tal fin, como la apertura de cuentas, de crédito, de provisiones ...

Adviértase que la prueba de la existencia de la sociedad no es sólo de legitimación activa y pasiva, sino en las preferencias de supuestos acreedores sociales sobre los acreedores individuales de los socios sobre el patrimonio que se atribuya de la sociedad. No se rechaza a la "sociedad de hecho", no obstante lo cual no será de fácil prueba, salvo lo que Julio César Otaegui calificaba como tal ante la "jactancia" de los integrantes de un grupo económico. Que perspectiva interesantísima...

Insistimos en el eje de la personalidad, pues la misma se genera por la autonomía de la voluntad, pero recién se extingue con el proceso liquidatorio. Y desde el año 1972 en solución normativa que no ha sido modificada, debe distinguirse en la constatación de una causal disolutoria de la etapa de liquidación, para lo que no hay plazo, pero si se genera la responsabilidad de administradores y socios. Así se integran los arts. 99 LGS y 167 CCC.

4. Pero dejemos de divagar para expresar la satisfacción con que leímos la última página. Una obra imperdible sobre la revolución del sistema societario argentino. Una visión integradora, optimista para los emprendimientos responsables, con cuidado análisis de múltiples situaciones. Se evidencia la madurez del autor, que compone la generación de juristas que está destinada a liderar el pensamiento doctrinal y jurisprudencial en nuestro país.

Nunca uno crea tener la verdad final, del análisis profundo, de la disidencia, se va forjando el alcance de las normas que, sin duda, superan el pensamiento del legislador. Las palabras de la ley,

su análisis sistemático con el conjunto de la legislación, dan respuestas que quiénes las concibieron no alcanzaron a comprender. Lo importante es tener en claro los principios que lo de más va de seguido integrado a un sistema general.

Para nosotros la satisfacción de haber aprendido, habernos obligado a reflexionar y agregar unas pocas apostillas reafirmatorias en las líneas precedentes. A leerlo ... Y si algo hemos motivado se justificaría este prólogo de un constante vocacionado...

El autor, que se ha convertido en un publicista incansable, por sus continuos ensayos escritos y disertaciones -que ocuparían varias hojas- acredita una sólida formación: es Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba; Master en Derecho Empresario por la Universidad Austral; Master en Derecho de los Negocios Internacionales por la Universidad Complutense de Madrid; Master en Dirección y Administrador de Empresas por la Universidad Internacional de La Rioja (Logroño, España); Abogado y Escribano por la Universidad Blas Pascal, unidos a POSGRADOS OBTENIDOS EN EL EXTRANJERO (HARVARD, UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO, UNIVERSITÄT HEIDELBERG, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, IE Foundation y Banco Santander), árbitro de la prestigiosa Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, con muchos más antecedentes en su capacitación y continuos ensayos en su ascendente carrera y sólida preparación como investigador y docente. Sólo he querido mostrar el ahínco del colega al gestar su capacitación, por eso no sigo en la revisión de sus intervenciones en Congresos y Jornadas, y los títulos de los trabajos publicados que superarían en extensión a este ya largo prólogo.

Reitero que en este libro vuelca su visión en un mercado globalizado abordando con profundidad el sistema de derecho internacional privado, la sociedad constituida en el extranjero y su inserción en nuestro derecho.

5. Sigue el desarrollo, que motivó intercalara algunas reflexiones, algunas inconexas, con el tratamiento " §4. Fuentes y jerarquía de la ley sobre corporaciones y sociedades. I. Fuentes internacionales y fuentes nacionales. II. Relación entre estatutos y legislación .... III. Jerarquía de la ley de sociedades .... §5. Derecho internacional privado (Reglas de conflicto de leyes) ... I. Libertad de establecimiento como exigencia de un mercado global. II. Reflexión propuesta y orientadora del análisis .... III. Reconocimiento de la persona jurídica. Relación entre el estado de constitución y la sociedad ... IV. Teoría de la sede real .... V. Consecuencias de la falta de reconocimiento conforme la teoría de la sede real .... VI. Teoría de la incorporación o constitución .... V. Teoría de la incorporación o constitución .... VI. La lex societatis y el derecho internacional privado ... a). Integración de derechos convergentes ... i. Relación objeto y capacidad .... ii. Actos aislados..... iii. Ejercicio habitual del objeto .... iv. Participación en sociedad local .... v. Los supuestos comprendidos en los artículos 1, 30, 31 y 32 de LSG ... vi. Sociedad de tipo desconocido.... vii. Contabilidad separada .... viii. Responsabilidades de los representantes ix. Emplazamiento en juicio .... b). Sede real en argentina c). Los procesos de integración y la libertad de establecimiento ... d). Sociedad anónima europea .... e). La libertad de establecimiento a la luz del MERCOSUR .... f). Estatuto de Empresas Binacionales Argentino-Brasileñas .... g). Consideraciones finales".

Las apreciaciones sobre las sociedades desarrollándose en un marco global personalizan este libro, con un enfoque de Derecho Internacional Privado que integra la visión nacional del sistema jurídico societario.

6. Hay algo que lo motiva, y quizá perturba, las resoluciones de la IGJ vigentes en la Capital Federal que aborda y vincula con madurez.

Esas normas, muchas muy recientes quizá refrescan sus análisis que formalizó en el libro colectivo EMPRESA Y SOCIEDAD. ACTUALIDAD Y RELEVANCIA, que prologué.

Sin duda uno de los problemas actuales del derecho societario es su integración, lo que enfoca para las SAS el autor, y se generaliza para todas las personas jurídicas conforme el art. 150 CCC, coherentemente con lo declarado en los arts. 1 y 2, y demás normas del Título Preliminar CCC. El lector debe aprovechar esta sistematización para encontrar las soluciones para cada caso, particularmente en la crisis societaria que desborda los bien tratados aspectos de la disolución de todas las sociedades que formaliza el autor.

La incasable labor de este distinguido joven jurista, tanto como prolífico autor como motivador de jornadas e investigaciones, nos une en una dinámica grupal, incentivado por el análisis profundo del sistema jurídico que brinda herramientas positivas para enfrentar una realidad confusa y desafiante, con la idea que hay que poner empeño y buena fe, con unidad de criterios o en el disenso creativo -que así se construye el derecho-. Eso me hace recordar lo escrito por Mario Benedetti como estímulo a esa labor: "No te rindas, por favor no cedas aunque el frío quemé, aunque el miedo muerda, aunque el sol se ponga y se calle el viento. Aún hay fuego en tu alma, aún hay vida en tus sueños, porque cada día es un comienzo nuevo, porque ésta es la hora y el mejor momento". Mirando el camino casi desde el final del propio recorrido, sigo optimista pensando que al cúmulo de años puedo agregar nuevas experiencias, nuevos conocimientos. Y esto siempre lo encuentro en cada ensayo que leo, en cada conferencia que escucho...Sala Mercado es un doctrinario apasionado de la realidad empresarial. Este libro es una prueba de ello.

7. Mostramos, para interesar y también finalizar, otra parte del rico contenido de este libro, apuntando al tipo societario usado para la organización de la gran empresa y su correcta funcionalidad: "Capítulo 1. Gran Empresa - Empresa Pública - Participación Estatal §1. Características... §2. Formación I. Requisitos formales y contenido mínimo de artículos... III. Constitución, inscripción y publicidad... IV. Empresa en formación. El efecto de la nueva sección IV de ley 19550 y la importancia del proceso registral... V. Número de suscriptores... VI. Capital social inicial y aportes... §3. Elementos esenciales de la persona jurídica...§4. Capital y acciones I. Diferentes conceptos de capital. Capital nominal, emitido, desembolsado, mínimo y autorizado...II. Alteración del capital...III. Derecho de suscripción preferente... IV. Emisiones de acciones con prima y bajo la par...V. Requisitos de introducción a la bolsa...a) Bolsa de comercio y mercado de valores...b) Emisión...c) Información y transparencia. Abuso de posición privilegiada...d) Directorio e) Comité de auditoría f) OPA de adquisición de acciones con derecho a voto. Protección de los accionistas...VI. Obligaciones (hipotecarias) y otros valores que aún no representan Capital...§5. Accionistas, gestión y control... I. Mecanismos de control del accionista. Derecho de información, convocatorias, acción social de responsabilidad e intervención judicial... A. Asamblea de accionistas (tipos, competencias, clases, convocatoria, quórum) ... I. Las asambleas y sus competencias.... II. Competencias y convocatoria...III. Quórum, mayorías y derechos de las minorías...IV. Clases de asambleas...V. Impugnación de las decisiones B. Estados contables anuales, beneficios y dividendos...II. Órgano de administración .... i. Composición .... ii. Elección de autoridades ... iii. Prohibiciones e incompatibilidades para ser director. Remoción del cargo... iv. Carácter personal del cargo. Gerentes. Comité ejecutivo. Representación. Remuneración...v. Reuniones del directorio y convocatoria... vi. Responsabilidad de los directores... III. Consejo de vigilancia IV. Sindicatura i. Condiciones. Prohibiciones e incompatibilidades ii. Elección y remoción. Composición. Remuneración... iii. Facultades y obligaciones. Responsabilidad... §6. Disolución y liquidación de la sociedad... Disolución... Liquidación ... §7. Transformaciones, fusiones y adquisiciones a)

Transformación. b) Fusión i. Restricciones a las fusiones y adquisiciones. c) Escisión §8. Sociedades holding y filiales." De esta forma muestro el contenido e incito a su lectura.

He anticipado así algo del contenido de este nuevo libro utilísimo para la práctica profesional, e información doctrinal, mientras desgrano este prólogo, con algunos comentarios que hacen a la complejidad de las materias asumidas, en un rápido recorrido. Menudos temas. Por supuesto que siempre quedan cuestiones. No se pretenda que un legislador, ni un autor, por competentes que sean, puedan prever todo lo que la realidad genera, particularmente en el mundo de los negocios, donde algunas realidades se corresponden a comportamientos ajenos a la buena fe, orillando lo doloso.

La vocación y capacidad intelectual, como las desplegadas por el A., abre la esperanza en un período de desesperanza en lo económico y social. Es la dedicación de los juristas -que abogados hay muchos, pero juristas pocos al decir de Calamadrei- y quizá debamos pensar en la revolución de los intelectuales, normalmente alejados de la política, para desde una visión jurídico-humanística, no alentados por ningún lobby o grupo de interés, repensemos el país, determinando que no hay un solo modelo -máxime cuando este no se exhibe metodológicamente como un "modelo"-y que una revolución en paz a través del derecho es posible, imponiendo el cumplimiento de normas fundamentales para la estructura y funcionamiento de un conjunto social, evitando la sectorización que vivimos, generando un capitalismo productivo, con nuevos emprendimientos, agregan do riqueza a nuestros productos y puestos de trabajo digna mente remunerados. Bienvenida la creación constructiva que permita ese desarrollo de la actividad económica, como se formaliza en este libro.

Si alguna moraleja se quiere extraer de lo antedicho, será la invitación a los estudiosos a asumir el compromiso de comprender la elaboración de pautas para que, en la complejidad del tema, permitan actuar directamente sobre la realidad que se desea gobernar, impulsando la actividad productiva desarrollada conforme el sistema jurídico, liberado de burocracia innecesaria o de condicionamientos ilegales de inescrupulosos.

Prologar este libro significó primero la aventura de leerlo para adentrarme en su contenido, y luego una capacitación, por eso debo dar gracias a José Pablo por esta entrega. Las muchas horas que he dedicado a este menester se encuentran totalmente amortizadas por el aprendizaje recibido y por el honor que se me tributa, además de permitirme subrayar la tarea de este joven, que ya no es una promesa sino un formado integrante de la "Escuela Comercialista de Córdoba y sus amigos", como denominamos a los especialistas en las ciencias económicas y jurídicas unidos por el Departamento de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba y el Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Efraín Hugo Richard Córdoba (República Argentina), 12 de abril de 2021