

REFLEXIONES SOBRE LA VIDA ACADÉMICA**Efraín Hugo RICHARD*****Desgrabación de su disertación en la Sesión de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba del 27 de junio de 2023, precediendo a la de Ricardo Haro.***

Gracias Armando por la cálida apertura. Iniciaré conforme la decisión consensuada con Ricardo Haro.

Ustedes saben que soy espontáneo, no pensaba leer, pero me angustió olvidar detalles, extender minutos, y hace un rato escribí al correr de mis pensamientos.

Esta reunión la concebimos en la idea de "REFLEXIONES SOBRE LA VIDA ACADÉMICA", pero la vida es un todo inseparable, en nuestros 90 años de edad con 43 en la Academia, y los 82 de la Academia el 29 de julio de 1941, y el 22 de agosto con su primera sesión. Agradezco a los que nos acompañan presencial o virtualmente, a los que nos saludaron y a los que se fueron, y a las Instituciones: la Universidad Nacional que dio origen a la Academia y a esta, a la que mis maestros me trajeron. Formulo reflexiones en una rendición de cuentas.

No es un festejo familiar ni de cumpleaños, Pero agradezco a Marizú, a nuestros 4 hijos, sus cónyuges, 14 nietos de sangre, 6 políticos seguir dándome energía y a los 8 bisnietos, alegría. Esta presente mi hija la Dra. Soledad Richard, con su tesis premiada por la Academia.

Significa "**reflexión**" pensar atenta y detenidamente sobre algo, y vaya si lo hemos hecho colectiva e individualmente. Y particularmente en el sentido que impuso el Rector Ing. Martínez en ocasión de la creación de esta Academia, como un centro que no reconozca otros objetivos que los específicos ni otro propósito que no sea el puramente doctrinario, con posibilidad de cooperar en la elaboración de las leyes.

Por eso intento una síntesis vertiginosa de tantos años de vida conectadas a la Academia y sus integrantes. Ayúdenme a abrir el cofre de recuerdos ... Conocí a sus padres, los colegas Salomón Roitman, Juan Palmero, Andruet, Osvaldo Tarditti, Cafferata, Tinti, Lascano, Hernández, al médico Dr. Bergoglio padre de María Ines, ahora comparto con sus hijos este camino. Recordamos a los académicos a los 100 años de su natalicio –lo hice para Quintana, Cornejo y Acuña-, en un homenaje post mortem, aunque este último lo recibió vivo, y me honraron encomendándomelo.

En 1953, con 20 años llegué aquí y estudié en la Biblioteca Mayor.

En 1955 me recibí en la Universidad Nacional del Litoral, ejercí notariado en Rosario y regresé a Córdoba para siempre. Tuve ofertas para irme.

En 1958 me casé y Marizú me alentó a acercarme a los claustros. Con la viejísima ley 11719 en dos famosas quiebras logré que los quirografarios cobraran todo. Eso signó mi carrera.

En 1964 me recibió la Universidad, adscribí y gané un concurso de auxiliar de investigación, me adoptaron mis maestros Quintana y Cámara.

Escribí con los académicos Abad, Cámara, Quintana, Palmero, Moisset, Roitman, Lascano, Cesano y Marquez.

En 1965 ayudé a Quintana en las Jornadas de Letra de Cambio Pagaré y Cheque que me proyectaron

En 1967 culminé doctorado en Santa FE, por Estatuto de la UNC excluía a los egresados de otra. Fue declara inconstitucional.

En 1969 el Segundo Congreso de Derecho Comercial en Rosario, con Cámara y Quintana, lleve 12 ponencias. Inolvidables los almuerzos con Halperin –Director de la Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones-, Alberti, Le Pera, Bergel... Estrenaba además mi primera titularidad por concurso

Entre tanto una comunidad con Aparicio, Palmero y Roitman unidos por Cámara, que nos llevaba a los 4 a todos lados. Mucho más adelante, él acostumbró a asegurarme como telonero. Me nutrí con los encargos que me hacían de la Dirección o Sub Dirección del Instituto de Derecho Comercial los viejos profesores. Vocal del Directorio en Colegio de Abogados, con Salomón Roitman, Francisco Junyent Velez y Laguinge en el 69 analizamos los proyectos de ley de sociedades y concursos, empecé a demitificar viejas ideas... En 1977 asumí la organización del primer Congreso de Derecho Societario, su Secretaria Permanente –lo que recordaron Palmero y Muiño hace pocas sesiones-, y la Secretaria Académica de la Facultad acompañando a Quintana. Organizamos muchos otros Congresos de internación.

Debates del Congreso del 77 generaron la importante reforma de 1983 a la ley de sociedades, brillo un trabajo de Palmero y Mercado de Sala, ex Secretaria Académica del Instituto de la Empresa.

Me integraron a un grupo de trabajo con el Vice Presidente del Banco de Córdoba y 3 de sus funcionarios, pensando en el país vinculados a una Fundación, en la que trabajé honorariamente hasta 1992, con múltiples intensas actividades. Obliga un comentario de lo acaecido ese año, que haré posteriormente.

Vuelvo a los 70, construí el Estatuto de los SRT, y me encargaron la organización jurídica del Complejo Ferial Córdoba y San Francisco. Y una frustración: en 1979 me contratan, por sugerencia del Decano de Ciencias Económicas, para organizar una sociedad entre la Fábrica Militar de Aviones y la empresa alemana Dornier, viajo varias veces a Alemania y Suiza, y logrado el acuerdo con proyecciones industriales y comerciales aseguradas, cambia la conducción en Fuerza Aérea y se decide inexplicablemente desistir de ese proyecto. A la par de la decadencia de la fábrica Militar crece la brasilera Embraer y se pierde una oportunidad que hubiera cambiado el desarrollo provincial y nacional. Una terrible frustración.

En 1981 me sorprenden con el premio Academia, que recibí con mi ensayo sobre “La Conservación de la Empresa”¹²⁷, que no perdió actualidad y mantengo en mis desvelos e impone reflexiones trascendentes, apuntadas por mis experiencias profesionales, pues lo que hay que conservar no es necesariamente la sociedad que la explota, y menos a los socios –los *shareholders*-, que hoy se enriquecen en concursos preventivos, violando la *absolute priority rule* del derecho anglosajón, y nacional. Se trata, ante la crisis, de unir a todos los interesados, los *stakeholders*. Con alertas tempranas para evitar daño asegurando viabilidad de la empresa. Es lo que hoy domina el pensamiento del mundo jurídico de la especialidad, y en eso estoy, demitificando, con poca compañía.

¹²⁷ Verlo como ANEXO I, publicado originariamente en Anales de la Academia tomo XXV, pág. 7. Córdoba.

Integré una Comisión para modificar el Código de Procedimientos cuyo proyecto se transforma en Ley, simplificando y acelerando, pero poco antes de su vigencia es derogada, otra frustración.

Nuevamente me motivaron en 1984 nominándome como Miembro de Número junto con Palmero y Haro. Con Palmero escribíamos sobre la unidad del derecho Privado e integrábamos comisiones legislativas. Tucumán realiza las Primeras Jornadas de Unificación del Derecho Privado y los integrantes de la comisión reformadora me agregan junto a ellos y López de Zavalía al panel de clausura para que exponga mi visión sobre el proyecto. Me motivaron, y en la madrugada concebí un cuadro en una página sobre como leer el proyecto, que distribuí antes de mi intervención. Comparti tardíamente con él, Moisset y Palmero la Comisión de Revisión del Senado, la unificación es ley, pero es vetada por el PE, una frustración, en el intermedio la Comisión Federal en la que intervino con Palmero, y otra hacia fines del siglo en que intervino Roitman. Pero la simiente ya existía.

En 1988 se crea por iniciativa de Frías y Cámara el Instituto de la Empresa y se me encarga la Dirección. Con contenido más abarcativo que el Código de Comercio como señalé al presentar a Giselle Javurek como Miembro de Número hace pocos días. Y con tal sentido actuamos hoy.

En 1989 anticipo mi jubilación voluntaria como Sub Gerente General del BPC después de 34 años, era el 5to Banco del país, lo había presidido Benjamín Cornejo. Publico “LA ECONOMIA DEL DERECHO” en LA LEY el 18 de abril de 1989, señalando el falso superávit del Balance del BCRA por deudas de Bancos liquidados, un activo vacío similar al pasivo de la Nación. El síndico impuso su corrección y permitió advertir la desastrosa situación financiera del país.

El grupo con profesionales de ciencias económicas con el que colaboraba desde 1977 tiene una posición política privilegiada, y en junio de 1992 el Ministro de Economía –que lideraba ese grupo- me llama a analizar la privatización de Aerolíneas Argentinas, y por ende de todas las privatizaciones, designándome Asesor de Gabinete del Ministerio de Transporte. El Dr. Julio Altamira es testigo de mi difícil gestión. Descubrí la ilegal práctica de *leveragge buy out*, usando el patrimonio social para pagar las deudas de los socios de control con la Nación, descapitalizándola en contra del Estado, el accionariado obrero y las propias empresas privatizadas. Un cambio de actitud del Ministro en la política fijada conjuntamente me llevo a documentar mi renuncia en Mesa de Entradas y volver a Córdoba. Las maniobras practicadas fueron censuradas en 2002 en el similar caso de Yacimientos Carboníferos Fiscales S.A., ante el reclamo de la Provincia del Chubut, un socio olvidado. La Corte lo revirtió con el calificativo de que lo ilícito e inmoral no puede santificarse por el mero transcurso del tiempo. El Diputado Alberto Natale –socio del Dr. Miguel C. Araya- lo relató en “Privatizaciones en Privado” Ed. Planeta 1993 como testimonio de un protagonista que desnuda el laberinto de las adjudicaciones. Yo lo hice en mis dictámenes y en el libro Perspectiva del Derecho de la Insolvencia editado por la Academia en 2010. Una frustración más al desarrollo del país, y una enseñanza: la corrupción empresarial se engarzaba al poder político, como hoy.

Desde mi jubilación en el Banco, mi actividad académica y profesional es intensa. Me contrata el Banco Nación, el Banco de Mendoza y luego la Cámara de Diputados y el BCRA para hacer el proyecto de ley de cheque de pago diferido, y de factura de crédito, esta última se frustra en sus fines por una posterior modificación eliminando su obligatoriedad.

En 1991 participe de una Comisión de Reformas convocada por el Ministerio de Justicia, donde introducimos la sociedad por acciones simplificadas por primera vez en el mundo, con acciones sin valor nominal prohibiendo la indicación del capital social para generar la obligación de patrimonio suficiente para la viabilidad. La componían Fargosi, Le Pera, Miguel C. Araya nuestro correspondiente en Rosario.

En 1992 y conforme nuestro criterio organizamos el Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, como continuidad trianual del primero del 77, cedo la Secretaria Permanente al grupo de organizadores, debaten 800 nacionales y 80 extranjeros, citados por carta con estampilla y teléfono con operadora, tres años después empieza el uso muy limitado de lo cibernético. Implicó el desarrollo nacional e internacional del pensamiento en la especialidad, y se advierte la labor de miembros del Instituto, unimos a Universidad y Academia en Presidencia y Vice, como el año pasado, institucionalizando los cargos. Y organizamos los encuentros trianuales de Institutos de Derecho Comercial.

En 1994 con Raúl Altamira capitaneamos la lista para el Consejo Directivo de la Facultad, logrando 7 de los 8 cargos, el restante lo logra Yanzi que esa misma noche firma nuestro decálogo de compromiso, mantuvimos ese grupo hasta que Pedro es designado Decano.

Desde los 90 hasta entrado el nuevo siglo la actividad es vertiginosa, tres universidades del interior me honran como Doctor Honoris Causae, se intensifica mi visita a Universidades Europeas¹²⁸ y latinoamericanas con cursos de doctorado, Tribunales de tesis... donde testimoniamos que la legislación argentina presentaba para las relaciones de organización un sistema de excelencia, aunque siempre perfectible.

Concurro a todos los Congresos y Jornadas de Derecho Civil, compartiendo la idea de unidad del derecho privado, y la regulación especial de las relaciones de organización, las personificadas a través de la regulación de la persona jurídica en general. Me vinculo a Nedo Carlucci, recientemente fallecido, y a su esposa Aida Kemmelmajer, y a Jorge Mosset Iturraspe que me vincula a su entonces joven discípulo Ricardo Lorenzetti. Este conociendo mi paso por Rafaela organiza allí una Jornada en mi homenaje. Las noches de cierre de gala de esos Congresos y Jornadas eran iniciados por Aida y Jorge bailando New York, New York, y en un par de casos que Jorge no estaba me elegían para esa apertura. Inolvidables amigos y Correspondientes de esta Academia.

Me retiro voluntariamente de la Cátedra de grado en 1998, y recibo la sorpresa de mi designación como Emérito. Me sucede desde esa fecha el Prof. Dr. Orlando Manuel Muiño, y dos años después la Asignatura en el nuevo plan pasa a denominarse *Derecho Privado IV Sociedades y Relaciones de organización*, conforme nuestra doctrina, adelantándose a la unificación. Coetáneamente la Academia me encarga Presidir la Comisión Organizadora del Congreso de Academias, en Córdoba y Trelew en 1998, con Pedro J. Frías como Vicepresidente. Escribí en el libro en su homenaje adelantando lo que es recientemente regulado en la UE sobre planificación, como lo hice para Julio Altamira, hace poco, con visión particular sobre la responsabilidad de funcionarios públicos. Anticipé en ese Congreso, en su cierre, los problemas de marginación social que se estaban generando, rogando que lo afrontáramos como un problema de solidaridad y no de seguridad.

En 2000 mi tarea de Director del Departamento de Comercial, se interrumpe al encargármese la Secretaria de Posgrado. Gracias Pedro Yanzi. Creamos, entre otras, la carrera de Especialista en Derecho de los Negocios, primero a cargo de la desaparecida María Emilia Lloveras de Resk, luego del académico Raúl Altamira y ahora Gochy Mercado.

Ese año realizamos el 2° Iberoamericano de Derecho de Insolvencia, en La Cumbre, distinguiendo conceptos, pues en derecho concursal se acostumbra solo a hablar de deudor o empresario, que son términos equívocos pues corresponde hablar de PH y PJ, teniendo en claro que a conservar es la empresa viable, no su sistema jurídico de organización o sea la sociedad, que tiene particulares

¹²⁸VER COMO ANEXO II, conferencia de apertura del Primer Congreso Argentino Español de Derecho Comercial, en Valencia, año 2001

previsiones para afrontar la crisis. Concurrieron Karsten Schmidt y Jesús Sanguino Sanchez, colombiano que en Barranquilla 2004 creo el IIDC, donde mantengo desde la fundación diversas funciones directivas, generando convenios con la Academia, investigaciones con la uruguaya Alicia Ferrer Montenegro, con el centro de atención en la organización empresarial y la prevención de daño. Este año nos reuniremos en Guadalajara.

En el 2001 Vanossi desde el Ministerio de Justicia generó una Comisión de Reformas a la ley de concursos que integré con Rouillon entre otros. Criterios inconciliables, solo generamos un Proyecto de Concursos y Quiebras transfronterizo...

En esa vertiginosa actividad en numerosísimos Congresos, para esta ocasión recuerdo que en 1996 recalamos en Congresos en Madrid y Salamanca con Adriana Dreysin quien en ese viaje termina de perfilar su tesis. Trabajé sobre deuda externa¹²⁹ y el derecho de la organización, presagiando el drama que el capitalismo financiero generaba y apuntaba a un capitalismo empresarial. A su vez Adriana me invita en dos oportunidades a disertar en San Sebastián sobre organización empresarial y preconcursalidad societaria. Y ahora con Andruet al Master que dirige en la Blas Pascal.

En 2005 con Luis Moisset y Roitman en México, argumentamos para el “Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados”. Los continuos Congresos Internacionales de Academias –que se mezclaban con otros- nos tuvieron como actores con ensayos, el de Zaragoza¹³⁰ con la presencia importante de Zlata Drnas, el de ACoruña con la de Palmero, la de Asunción donde asumí una relatoría internacional, y recientemente el de Madrid con Cesano y Lascano con un ensayo sobre responsabilidad penal de sociedades. Abrevio, en 2007 la Academia me edita dos libros Relaciones de Organización y el Sistema Societario y Relaciones de Organización y Sistema de Contratos de organización. Y en 2010 el referido Perspectiva del Derecho de la Insolvencia.

Todo constituye el prelude de lo que pergeñamos en 2012 con Roitman y Manovil para el CCC y la nueva ley general de Sociedades, que cambio el sistema con alcances aún no concluidos de analizar, en orden a libertad y responsabilidad. Hace poco concretamos el Encuentro de Institutos de la Academia, que unió en la interdisciplina, dirigido con Marcela Aspell, quién también me introdujo en el Teatro de la Facultad y armó el recinto en la Facultad con mi Biblioteca, no solo libros, muebles y la computadora funcionando con cientos de ensayos no publicados o no, donde pueden verse mis ideas... Gracias Marcela, Feliz cumpleaños donde estés. Me jubilo en 2019 como abogado preocupado por los tiempos de la justicia, y dejo los tribunales arbitrales de la Bolsa en Rosario y Córdoba.

Ya estoy en el presente, con el Congreso del año pasado, siguiendo sembrando en la organización empresarial, del que dieron testimonio Juan Carlos Palmero y Orlando Manuel Muiño este año. Cierro recordando la hermandad con Ricardo Haro que inspiró -asi escribí- mis apreciaciones sobre la confiscatoriedad de las quítas concursales en caso de sociedades, que luego abordé con José Palazzo. Vínculo de 70 años, pues lo conocí junto con Ernesto Rey Caro y Alberto Zarza.

Estamos en la construcción de un sistema de relaciones de organización, personificadas o no, del engarce con la teoría general de la responsabilidad civil en ese lema de “Libertad bajo responsabilidad” que venimos levantando en Congresos y ensayos, que choca con un inexplicable aborde mayoritario de la crisis de las sociedades. Eso llevo en 2012 a escribir con Juan Carlos Veiga

¹²⁹ Ver Anexo III donde copio el ensayo presentado en 2005 en Zaragoza.

¹³⁰ Ver Anexo III.

“EL CONTRADERECHO¹³¹ o las costumbres contra legem de los procesos concursales de sociedades”, y así el pasado año en Roma diserté con una visión global de crisis las societarias y su abordó¹³², junto a nuestro correspondiente Angel Rojo.

Afrontamos tiempos de la Inteligencia Artificial. Frente a la educación universitaria del derecho se impone cuestionar el requerimiento estudiantil que señala “*Profe usted dicta, nosotros repetimos y nos aprueba*”, que tienta a algunos docentes. Sigo insistiendo lo que repito desde hace más de treinta años, hay que enseñar a pensar... a comprender textos y engarzar sistemas, como predicaba Fernando Martínez Paz en sus cursos de posgrado que compartí, porque sino comprenden textos, ni siquiera entenderán lo que les dicte la IA ... A este desafío sobre pedagogía e IA ha convocado la Academia y debemos dar respuestas.

Un sólido grupo asegura la continuidad del Instituto de la Empresa, con vínculos internacionales, nacionales y locales, con planes hasta 2037 donde ya asumimos la organización de un Congreso de Derecho Societario, antes en 2026 las Jornadas de Institutos y en 2030 el Congreso Concursal y de la Insolvencia.

Estoy comprometido en solidificar lo que se ha denominado la Escuela Comercialista de Córdoba y sus amigos, con la Revista electrónica Estudios de Derecho Empresario –cuyo último número puso en circulación ayer María Fernanda Cocco, Secretaria Académica del Instituto de la Empresa-; y continuando los conversatorios desde esta Academia, donde con discípulos y amigos abogamos por el análisis sistemático, no en el pensamiento único, aceptando la disidencia porque con ella se construye el derecho.... En libertad, pero bajo responsabilidad, en un mundo en crisis, en el que debemos actuar como facilitadores de los desarrollos con buena fe y acotando daños, con especial atención a los endeudamientos de los Estados o privados, atendiendo particularmente a nuevas formas de asumir emprendimientos y riesgos... Tengo claras definiciones sobre ello.

La interdisciplina es uno de los legados y logros de la Academia, con la semilla de sus Miembros de Número y Correspondientes, y la cosecha en sus Institutos locales y nacionales.

Hoy se impone reflexionar para el país, como mejorar la situación social....Inteligencia Artificial para dirigir al consumidor por precios y distancias, y ante las actividades que marginan la ley, mucho ayudaría imponer la moneda electrónica o digital estatal, sin descartar el circulante -pero sin imprimir más-, que eliminaría la evasión, controlaría la licitud de las transacciones, acotaría la corrupción y permitiría disminuir la carga impositiva y gastos operativos...Y desalentaría las pseudo monedas privadas, peligrosísimas...

Aquí, en la Academia, aspiraría a contar con 5 Miembros en la especialidad -como en el siglo pasado- y que con otras especialidades se cubriera los 35 asientos, ante el estado de salud de algunos y la propia realidad de estos nonagenarios, nosotros.... Ustedes decidirán, y gracias, gracias a todos por el aliento y el apoyo, gracias por seguirme confiando el Instituto de la Empresa junto al Académico José Fernando Marquez, gracias Ricardo Haro por haberme acompañado y tolerado tantos años, y a la Facultad por persistir designándome en la Dirección del Departamento de Derecho Comercial, gracias señor Decano Académico Guillermo Barrera Buteler. Lo importante es asegurar la continuidad de las instituciones para asegurar la eficiencia de sus objetivos, los personalismos no son buenos.... Gracias a la Mesa Directiva de la Academia por hacerme abrir el

¹³¹ Ver Anexo IV.

¹³² Ver Anexo V.

cofre de los recuerdos... Sin duda muchos recordarán otras cosas, otros viajes, Congresos, Comisiones, con gusto dialogaré sobre hechos o ideas. DE NUEVO MUCHAS GRACIAS.

ANEXO I:**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CORDOBA LA CONSERVACION DE LA EMPRESA por EFRAIN H. RICHARD Separata de tomo XXV de "ANALES" CORDÓBA 1986 "LA CONSERVACION DE LA EMPRESA" por Efraín Hugo Richard**

Hemos elegido este tema para la recepción del premio¹³³ con el que nos ha distinguido la Academia por varias razones:

Por ser un tema en el que han trabajado o hemos compartido trabajos con nuestros maestros, y por tanto se advertirán en nuestras hilaciones sus influencias.

Por ser un tema que conecta un interés interdisciplinario, congruente con el ámbito de los juristas que integran esta Honorable Academia.

Por la inquietud personal de entender que los momentos de la República han de centrar los esfuerzos de los juristas sobre estos temas.

Las connotaciones interdisciplinarias son claras, tanto en relación al derecho público y privado, en temas de control y participación del Estado y la convergencia de los intereses de los particulares que se conjugan en la Empresa, exigiendo nuevas respuestas del derecho laboral, la atención del derecho fiscal, y exámenes de tipo sociológico y apreciaciones axiologicas para en un enmarañado devenir poder descubrir los verdaderos valores y reconocer los simples medios.

Para rescatar esa apreciación interdisciplinaria del problema, proponemos dos recuerdos: de Garrigues exponiendo en el Instituto de Estudios Políticos de Madrid en el año 1962, donde concluía su exposición "La empresa desde el punto de vista jurídico" con las siguientes palabras: "Decía yo antes que para estas soluciones habla que moderar o templar el capitalismo, a fin de no ser arrastrado por nuestro mutuo enemigo común, que es el marxismo. Siempre es más inteligente ceder algunas posiciones cuando se corre el riesgo de perderlas todas. Y si la reforma de las viejas estructuras políticas parecen ser una cosa inevitable, preparémonos los juristas para poner a punto nuestros instrumentos, incluso para echar por la borda los instrumentos que ya nos parezcan anticuados e inservibles, a fin de poder dar a los economistas y a los sociólogos nuestra respuesta justa y exacta al reto de la empresa".

Y en 1975 en el informe del Comité de Estudios para la refgorma de la empresa presidido por Pierre Sudreau en el tema 8 "Prevenir las dificultades y ayudar a las empresas a hacerles frente", ese ex ministro de De Gaule expresaba: "El cambio de ambiente económico corre el riesgo de hacer más difícil la gestión de la empresa en los próximos años. Las transformaciones tecnológicas engendradas por la crisis de la energía y la evolución de los mercados internacionales conducirán a una sanción más rápida y más severa a los errores de la dirección. Las conversiones deberán ser más frecuentes y no tendrán éxito si no son decididas a tiempo. Las presiones ligadas a las políticas de lucha contra la inflación, en un contexto monetario, conmocionado, acentuarán las evoluciones coyunturales, a las que son particularmente sensibles las empresas en trance de conversión. Es un hecho que nuestra sociedad, alertada por ciertos conflictos recientes, tolera mal los despidos coleetivos, sobre todo cuando suceden en forma inopinada y ponen en grave situación a centenares o millares de trabajadores, lo que afecta a la vida de toda una colectividad".

Significada así nuestra concepción actual y el interés interdisciplinario del problema, centremos la situación en nuestra disciplina para marcar algunos principios.

¹³³ Comunicación del Dr. Efraín Hugo Richard al recibir el Premio Academia con fecha 21 de mayo de 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 por los nuevos contratos en empresa, en masa, normativos, con cláusulas predispuestas, nuevas formas como la transferencia del know how, el leasing, el underwriting, el factoring, la concesión, la licencia, las relaciones de agencia, la filial común, etc., además de los múltiples negocios en participación que hoy se engendran en la intercolaboración empresaria, sin ingresar a las diversas formas de agrupamiento societarios, aún no alcanzadas por el legislador. Así en la Exposición de Motivos de la Ley de Concursos se valora la conservación de la empresa en cuanto actividad útil para la comunidad y principio inspirador de la reforma mercantil en curso.

Resulta advertible la complejidad y multiciplidad de las relaciones patrimoniales que genera la actuación empresaria, como actuación de intermediación masiva y organizada que la tornan creadora de riquezas y conveniente de conservar cuando el sujeto que las practica cae en insolvencia, pues genera un colapso en cadena frente al incumplimiento masivo y por la interrelación en los financiamientos.

Como reconocimiento de la magnitud del problema, la doctrina, jurisprudencia y legislación reconocen el principio de la "conservación de la empresa".

Se esboza ya en un problema societario en 1919 con la causa Dodge c/Ford Motor Company, en un conflicto entre accionistas que querían cobrar dividendo y un plan social de expansión, fallado a favor de los primeros, marca uno de los primeros precedentes de la irrupción de la idea de la conservación de la empresa en el campo jurídico.

El derecho público se ha preocupado del tema a través de leyes de moratoria como la dictada en el año 1930 o de una mal llamada conservación de empresa para preservar la paz social, como lo fue la ley 18832.

Algunos autores señalan la existencia de un dogma, más que un principio, y Solari Brumana se refiere al tema como un "slogan" por la cierta insensatez con la cual el instituto es usado en la práctica.

Determinado el alcance e interpretación que se otorgue a ese "principio de conservación de la empresa" puede estar vinculado al concepto de empresa que se formule, tema controvertido como se expondrá.

La idea de empresa, o sea de lo que se intenta conservar o proteger, se muestra esquiva a los juristas, provocando el desaliento que, con gracia, describe Garrigues al decir: "Llevamos medio siglo cortejándola y todavía no hemos conseguido tomar posesión de ella".

La misma ley de concursos en la Exposición de Motivos y en los arts. 182, 186, 187, 189, 198, 199, 163, 310 (2 y 12), la ley de Contrato de Trabajo en las arts. 5, 6, 29, 30, 31, 64, 65, 225, 226, 227, 228, contienen normas de apreciación diversa sobre la empresa, sea conceptualizándola como una actividad de organización de medios o de los medios que la integran.

Ese desaliento que señala Garrigues puede estar vinculado a ese cuestionamiento axiológico al intento de apreciar las naturalezas jurídicas de determinados institutos en fórmulas tradicionales y rígidas que configura el análisis estático de la figura, en vez de avisorar sus efectos como forma dinámica de apreciación de la actuación de las relaciones jurídicas.

En este punto la clásica enseñanza de Asquini sobre los perfiles de la empresa, explicando que ésta se manifiesta como un fenómeno económico poliédrico que, jurídicamente presenta cuatro facetas: el subjetivo, el objetivo-patrimonial, el funcional y el corporativo, perfiles que Fernández Novoa encuadra en la dimensión subjetiva o dinámica o actividad del empresario, dimensión objetiva o estática como bien inmaterial producto de la actividad del empresario y dimensión interna o personal como comunidad de personas.

Es importante el encuadre para determinar el fundamento de la tutela del sistema normativo. En el perfil subjetivo o dimensión subjetiva, se pone énfasis en las posiciones subjetivizantes de la empresa, basadas en la fungibilidad del empresario, constatación que constituye el pivote de la doctrina institucionalista, que -como afirma Endemann- relega al empresario al plano de los servidores de la empresa, o como Rathenau -después de la primera guerra- sosteniendo, al advertir la desvinculación de la empresa con los accionistas, la doctrina "del interés de la empresa en sí", enfrentando la posición de que no puede atribuirse sino un interés a los individuos, únicos capaces de intención psicológica.

En igual sentido Dexpaz al referirse a la personalidad subyacente de la empresa, manifestada por su disociación respecto del empresario, personalidad que -sostenía- llegará a ser admitida por el derecho, considerando a la empresa como un sujeto de derecho naciente, que debe pasar por un delicado período de calificación jurídica antes de alcanzar con precisión sus contornos jurídicos de persona.

Se ronda también ese subjetivismo al equiparar sociedad y empresa, mediando alguna indefinición en los conceptos o en su juego. Si bien la empresa está presente en la noción misma de sociedad, como sujeto y como forma técnica de una actividad colectiva empresaria -conforme lo señalan Ferri y Polo- se puede llegar a soluciones diversas disociando los conceptos, pues la empresa puede conservarse sin perjuicio de la extinción del sujeto social.

Así las enseñanzas de Houin sobre la necesidad de disociar, en la quiebra, a la empresa de su empresario, conforme recoge la ley francesa del 67 y nuestra ley concursal.

Al referirse a la empresa como sujeto o a los intereses de la empresa, tal como se lo hace con frecuencia en el lenguaje vulgar, es solamente aceptable como metonimia o sinécdoque -como señala Anaya- como una forma elíptica de aludir al empresario o a los intereses individuales que convergen en la empresa.

Pero no advertir la impropiedad de personificar la empresa o adjudicarle intereses propios, puede conducir a conclusiones disvaliosas, tales como suponer que la conservación de la empresa es un dogma o una regla necesaria en todos los casos en que entre en crisis, por requerirlo la preservación de sus intereses autónomos.

Y a veces se la invoca como slogan para preservar el interés de algunos de los sectores afectados dentro del perfil o dimensión interna o personal, como comunidad de personas-que es otra forma de subjetivismo, corrientemente el sector laboral, sin advertir que este sector quedaría mejor protegido con otros medios que no la supervivencia forzada de una empresa obsoleta.

Transportadas estas apreciaciones a la conservación de la empresa dentro del campo del derecho societario, concordamos con la posición de Alegría, Anaya, Cámara y Quintana sobre que esa protección se logra en forma mediata a través de la protección del contrato, o del aseguramiento de la relación societaria, sustrayéndola de la tiranía de la mayoría o de la extorsión de la minoría. Para todos se asegura el cumplimiento de la relación contractual asociativa, defendiendo la autonomía de la voluntad creadora de la organización jurídica.

Conforme tal criterio, el derecho societario debe brindar adecuadas tutelas -y así lo hace- para que la sociedad pueda cumplir su objeto, elemento contractual en cuyo cumplimiento convergen y se subsumen los intereses individuales de los socios y que sirve para objetivar el mal llamado interés de la sociedad.

Esa disociación entre sociedad y empresa, apartando inclusive ésta del patrimonio de aquélla, permite distinguir entre los dirigentes que pueden ser alcanzados por su responsabilidad penal y patrimonial para satisfacer a los acreedores, y la empresa cuyo mantenimiento puede ser útil, conforme se conjuguen las soluciones en el Derecho Concursal.

Dentro de ese deslinde no preciso entre sociedad y empresa, se sostiene que la revolución en la empresa debe hacerse en el derecho societario (Garrigues: participación de los trabajadores, Galgano: dividendos mínimos). No hay duda que uno de los grandes problemas de la empresa argentina es no haber encontrado los medios jurídicos reales y prácticos (no meramente teóricos) de acercar capitales de riesgo a las sociedades y no el crédito bancario como capital de giro permanente, situación que ha llevado a cesación de pagos a un número aún no determinado de sociedades y personas que desarrollan actividad empresaria.

Quedan así dos perfiles, que consideramos vinculados entre sí: el perfil patrimonial y el funcional, que hacen a la relación hacienda o fondo de comercio.

Hemos detectado múltiples posiciones en torno a la relación hacienda y empresa. Mario Ghiron expresa "l'imprenditori sí, l'impresa sí governa, l'azienda sí ha", y Barbero -en otra posición- que la empresa no existe, sino que se la ejerce.

El análisis de la empresa como perfil patrimonial implica una teoría jurídica de los bienes organizados, negándose, en general, la existencia de un derecho real unitario sobre un bien "empresa".

Sin embargo, la fuerza de esa realidad económica constituida por la organización, cuya importancia patrimonial no se confunde con la que corresponde a la suma de los elementos integrantes, ya que su aptitud productiva le adiciona un valor relativamente mensurable (valor empresa en marcha, llave, aviamiento), obliga a su consideración como "bien".

Lo destacable es la denuncia sobre la insuficiencia de las categorías tradicionales para asumir la unidad orgánica de la empresa, siendo necesario pensar en nuevas proposiciones, como sugiere Ferrara sobre "la cosa compuesta funcional" basado en las organizaciones de cosas o de derechos en las universalidades de hecho con destino funcional, que hace a la aptitud productiva en sí de la organización empresaria.

El Código de Comercio de Honduras, siguiendo las conclusiones transmitidas de Ferrara, califica a la empresa como bien mueble, fijando que los bienes inmuebles que lo integren se registrarán por el medio de transferencia de estos bienes, lo que sigue El Salvador, recogiendo la posición del Código Francés que no incluye a los inmuebles entre los elementos constitutivos del establecimiento. Marcelo Rotondi hace jugar una vis atractiva e impone el sistema de los inmuebles a los muebles -cuando ambos bienes integran la empresa o el perfil patrimonial de la misma-.

Nuestra ley 11867 que excluye los inmuebles impone un sistema particular de transferencia para hacer oponible a terceros la transferencia de los bienes muebles e inmateriales -marcas, enseñanzas, emblemas y otros de derechos intelectuales- que nos lleva al concepto funcional, de bienes organizados conforme una función, un fin.

¿Qué bienes son los que integran la hacienda comercial y están sujetos al sistema de transferencia fijado por la ley 11867, cual es el elemento de valoración sobre la validez de las transferencias de bienes vendidos separadamente y que integran un fondo de comercio frente a terceros?

Entendemos que es el carácter funcional del vínculo de dichos bienes, o sea la unidad que integran y de la que no pueden disociarse una actividad organizada de un agrupamiento de bienes y derechos, hacia un fin productivo, de bienes o servicios.

En ese sentido funcional el Código de Colombia del año 1971 en su art. 25 expresa que: "Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios", como la ley de contrato de trabajo argentino, art. 5°.

Ese es el criterio de nuestra ley de concursos que se refiere en los arts. 198 inc. a, y 199 a la empresa en funcionamiento, y en el art. 198 inc. b al conjunto de bienes "en caso de no haberse continuado con la explotación de la empresa".

Y si bien Ghindini afirma "decir que la empresa es actividad, es usar un término jurídico inapreciable, privado de consistencia", debemos advertir que la realidad económica -que tiene siempre un concreto reflejo jurídico- marca otro rumbo basado en la organización de los bienes que ya implica una actividad, y la actividad misma de esa organización de bienes.

Es que este parece un campo todavía insuficientemente elaborado, pues frente a las categorías del derecho civil, la actividad se presenta con una fisonomía desconcertante para la dogmática tradicional.

El derecho suele afrontar los estudios de actos disciplinados en su singularidad, estáticos, por lo que el instrumental tradicional resulta insuficiente o no idóneo para aprehender la fenomenología de la actividad, que constituiría -en todo caso- un hecho complejo.

El problema no resulta simplemente cuantitativo de la acumulación de actos, sino cualitativo del ordenamiento de actos hacia un fin; similar a la disciplina que estudia la existencia de la persona jurídica en orden a agrupamiento de diversos sujetos bajo un único patrimonio con finalidad común. Los elementos causales, de causa fuente y causa fin, deben revalorizarse en el estudio de la actividad como fenómeno jurídico de efectos relevantes para el derecho en su apreciación dinámica e integradora.

Por actividad debe entenderse una serie coordinada de actos (negocios jurídicos) tendientes a una finalidad común, como señala Ascarelli, a lo que debemos agregar que se manifiestan unitariamente en función del sujeto que los realiza y de su propio contenido.

Ese concepto funcional de la agrupación de bienes, permite determinar la finalidad del agrupamiento como elemento integrador de los medios materiales, inmateriales de organización empleados y califica cualitativamente esa organización como útil y tutelable o impropia, obsoleta o deficitaria.

Pero, así como debe potenciarse la conservación de la empresa en el derecho societario o en el derecho privado, permitiendo a la autonomía de la voluntad la creación o utilización de instrumentos de técnica jurídica que aseguren la perdurabilidad e integración del patrimonio, esa situación se colapsa ante el estado de cesación de pagos, que hace confluir múltiples intereses de quienes no necesariamente ejercitan titularidad sobre los derechos o bienes integrados en la empresa.

Ese estado, perfectamente regulado por la ley concursal, por cuanto allí la problemática se torna más compleja: al “no querer” jurídico se une un “no poder” jurídico y económico para cumplir las prestaciones comprometidas, y debe determinarse si el principio de continuación de la empresa es congruente con la finalidad de los concursos.

Cada autor aproxima su propia visión sobre la causa fin de la legislación concursal, como razón económica jurídica que guió al legislador conforme el requerimiento social para el dictado de esas normas, y el catálogo es extenso sobre esas apreciaciones.

Se oscila entre los acreedores y el crédito, sea concebidos individual o generalizadamente en los acreedores concurrentes, o en el crédito en abstracto; o en beneficio del deudor, o en ejercicio del derecho general de pignus sobre el patrimonio del concursado, o basado en el interés general de la colectividad, o en la tutela de la actividad económica sana, en asegurar una liquidación ordenada, o en la repartición del patrimonio bajo principios de universalidad de bienes y de acreedores, en igualdad.

Esa multiplicidad de opiniones conlleva -en cuanto asisten singulares razones a cada autor para sostener su tesis- a buscar un método distinto para encontrar ese valor, y el método puede encontrarse en la teoría de la bipolaridad de los valores. El antivalor en virtud del cual se formula la ley concursal: el estado de insolvencia o de cesación de pagos. El valor: eliminar la cesación de pagos, absolver de este estado pasa a ser un fin, o un efecto jurídico en sí mismo.

Se encuentra vinculada esa finalidad de absolver el estado de cesación de pagos al interés general de impedir que prosigan actividades en cesación de pagos, aumentando geoméricamente los perjuicios y los riesgos en la colectividad en que actúa.

Vivante expresa que todo establecimiento alimentado por el crédito es objetivamente una administración de capitales ajenos, lógico es que los acreedores soporten las pérdidas. ¿Los acreedores estimaron el riesgo? Deben soportar los riesgos.

La satisfacción de los acreedores y de la comunidad en general debe buscarse por un sistema distinto del tradicional: mantener viva la empresa, pues la insolvencia no elimina la empresa sino que mira el patrimonio de su titular, debiendo pretenderse que la empresa elimine la insolvencia en el medio, sea manteniéndola o no en el patrimonio de su original titular.

La crisis patrimonial no debe destruir la empresa, sino que reorganizada y reordenada -libre del peso de la masa pasiva del patrimonio del que fornaba parte- haga desaparecer el estado de insolvencia y genere nuevamente riqueza multiplicada.

Por tanto es un valor positivo mantener la actividad económica organizada, productora de riquezas, en cuanto no genere nuevos conflictos, o sea cuando resulte económicamente apta o útil, una vez eliminados los problemas coyunturales que pudieran agobiarla.

Conforme esas conclusiones todo el proceso concursal debe dirigirse a la eliminación del estado de cesación de pagos, aplicando a ello todos sus institutos, en primer término, tratando de mantener la actividad económica generadora de riqueza, en segundo término, eliminándola si la actividad misma es generadora de ese estado de cesación de pagos. De ambas formas se habrá tutelado el evitar la existencia de la cesación de pagos, en un caso en una forma más valiosa: manteniendo la producción de riqueza, en el otro en una forma que no por eso dejará de ser valiosa: evitando la prosecución de una actividad generadora de conflictos en forma geométrica. Evitar lo malsano y extraer lo necrótico (sujetos, organización o bienes).

Por cierta constatación de una realidad, generada por prácticas abusivas o aplicación de viejas normas o principios, pese a los que actualmente campean en la legislación concursal, enfrentados en la aparente insuficiencia de la legislación para afrontar esa crisis de la empresa, los autores hablan en forma sustantiva y no en orden a normas procedimentales: de la "falencia de la falencia" (Cámara), del «Mito y realidad del instituto falencial que sólo sirve para poner en rojo a los acreedores», como sostiene Cotino, de la "Inaturalidad del fallimento" (Bonsignore), de la "La bancarota de la bancarota" (Bolaffio), de la "Esclerotización del procedimiento" (Provinciali).

Frente a ese panorama de desaliento en las soluciones de la ley concursal o sea la que concurre en el momento crítico del disvalor de la empresa, Pajardi sostiene que la empresa pertenece a todos: al empresario, a los trabajadores, a los accionistas, a los accionistas inversores, a los acreedores y a la población en general, por supuesto que con una apreciación sociológica, sin fundamento en la actual dogmática jurídica, señalando a su vez los intereses diversos de esos sujetos. De los tecnócratas la autofinanciación sin política de dividendos, del accionista el dividendo, del inversor, la cotización, de los trabajadores la mayor fuente de trabajo y productividad, y de la población la permanencia y arraigo en el medio de la actividad productiva.

La importancia de estas apreciaciones corporativas o colectivas lleva a conclusiones sobre "saneamiento de la empresa por cualquier remedio" como lo sostiene Lo Cascio a lo que se tiende peligrosamente, como slogan requiriendo desde soluciones jurídicas congruentes con otras posiciones, tales como la presentación de los acreedores pidiendo soluciones preventivas, favorecer las soluciones preventivas y reducir los requisitos formales para el goce de las mismas (como lo hacen las legislaciones de Grecia 56, Noruega 63, Australia 66, Suecia 70, la jurisprudencia italiana y alguna jurisprudencia nacional como la sostenida por la Cám. Com. de la Capital in re Coop. Crédito Centro Almaceneros), o sugiriendo otras soluciones cuestionables como estructurales, aunque puedan tener significación coyuntural, tales como: impidiendo la declaración de quiebra, impidiendo las soluciones preventivas e interviniendo el Estado, actuando siempre como liquidador el Estado.

En general esas soluciones corren hacia la estatización, y a un dejarse estar en largos trámites burocráticos que necrotizan aún más la muerta economía, pues no se advierte una reacción del Estado para obrar -por lo menos- con la diligencia e interés del empresario privado.

En Francia en 1967 se suscita una moratoria y reestructuración controlada, con intervención posible del Comité Interministerial de Arreglos de Estructuras Industriales, y normas del 74 que tratan de hacer compartir esa reestructuración a accionistas y Bancos.

En Holanda se organiza la Cámara de Empresas de la Corte con derecho de intervención y suspensión de resoluciones societarias.

En Italia se crea en 1971 la Sociedad Financiera de Gestión y Participación Industrial; en 1978 con garantía del Tesoro para las sociedades elegidas, sin control judicial y en 1978 otorgando 2 años de moratoria con control judicial a las que demuestren la posibilidad de sanear la empresa. D'Angelo cuestiona la primera por falta de control, arbitrariedad de los supercomisarios, exigiendo ese control contradictorio e impugnativo que otorga la sede judicial. Mossini cuestiona la segunda por la dificultad de la prueba como pronóstico. El Proyecto de 1978 intenta la intervención de Bancos en el financiamiento y recuperación de las empresas. También se solicita la posibilidad que el acreedor solicite medidas concursales, como en Francia en 1967 y el Proyecto Bianchi de Espinosa.

En nuestro país aún no se ha hecho uso a fondo de ciertos institutos concursales, como las integraciones patrimoniales activas y pasivas, no ejercitándose adecuadamente la suspensión de

acciones de contenido patrimonial -particularmente por la interpretación respecto a créditos laborales, prendarios e hipotecarios-, cuando no también en relación a créditos que deben ser declarados, sin comprenderse la revolución procesal que entraña la ley 19551 en búsqueda de un proceso, simple, contradictorio, múltiple en pro de la verdad y cosa juzgada sustancial.

La ineficacia concursal, las acciones de responsabilidad, la extensión de la quiebra, la complicidad, como formas integrantes del sistema de responsabilidad frente a los acreedores y de los mismos acreedores, no han sido aún eficientemente aplicadas. Al decir de Abadesa: la remodelación tiende a salvar la empresa, no a aquellos que deben sufrir la responsabilidad y riesgo de la insolvencia.

Los sistemas de acuerdos concursales y las formas liquidativas, que aseguren la “conservación de la empresa útil” en manos del concursado conforme la finalidad de los concursos o la separación empresa-empresario en las diversas formas liquidativas, la simplificación de procesos y tiempos, y el sistema de continuación transitoria de la empresa por el Síndico mientras tramita la causa, son medios de los fines que venimos exponiendo.

No pretendemos ninguna interpretación libre de la ley frente a la realidad social, en soluciones similares a las sostenidas por Alf Ros entre otros.

Simplemente requerimos de la responsabilidad de jueces y juristas, de abogados y contadores, un real descubrimiento de los principios orientadores de la legislación, que iluminan y tornan congruentes las normas en su globalidad, soslayando la posibilidad de interpretaciones literales aisladas, repudiadas por los mismos defensores de la interpretación objetiva literal de las leyes, para asegurar la conservación o recuperación de la “empresa útil”.

El momento actual, que puede potenciarse en el futuro, obliga a los juristas, interdisciplinariamente, a un cuidadoso enfoque del problema, para eventuales reformas legislativas.

Una apreciación sociológica de la situación puede dar luz a los reales problemas que deban afrontarse.

Una apreciación axiológica deberá determinar los verdaderos valores que, en forma finalística deberán tutelarse, particularmente en determinar que la empresa privada como tal no es un valor en si mismo, que incluso puede autodestruirse en una competencia imposible con factores extranacionales, sino que implica un valor de servicio para la libertad de una comunidad y de sus hombres.

Una apreciación política, como diagnóstico y prospectiva estratégica, de la necesidad de la conservación de la empresa útil y de las razones de Estado que pueden impedir que la empresa realice una actividad eficiente, que normalmente se encuentran ligadas a problemas económicos, financieros y que comprometen a estas disciplinas en el análisis global de la cuestión, el mismo reordenamiento del Estado y sus células como complejo empresario.

Un apoyo del derecho público para que sirviendo las conclusiones políticas asegure la subsistencia de las empresas útiles, o permita que las empresas puedan ser realmente útiles y la organización de las mismas no sea una quimera ante la organización pública del Estado, no en la competencia de las mismas -lo que no es un problema en sí- sino restándoles potencialidad competitiva con sistemas agobiantes de trámites, superposición de los mismos o de impuestos y altísimos tributos.

Esa es la responsabilidad que el momento impone a los juristas, pues no es de descartar próximos hechos que afecten las relaciones jurídico-económicas en forma inusual, obligando a la Nación, en orden directo a la conservación de la empresa, a convocarlos a resolver esa problemática para solucionarla, una vez más a través del derecho, fijando normas de desarrollo y convivencia social, que aseguren los valores de libertad y justicia.

Quizá deba decirse, una vez más con Garrigues -como lo hiciera en el año 1969- “Y si la prudencia debe ser la característica de los hombres de derecho, procuremos nosotros prestar nuestra ayuda a soluciones evolutivas, huyendo de peligrosas improvisaciones”.

ANEXO II:

CONFERENCIA DE APERTURA DEL PRIMER CONGRESO ARGENTINO-ESPAÑOL DE DERECHO MERCANTIL “LAS SOCIEDADES COMERCIALES Y SU ACTUACION EN EL MERCADO” - VALENCIA, ESPAÑA, 19, 20 Y 21 DE SEPTIEMBRE DE 2001 donde también presentó una ponencia sobre sociedades comerciales y personalidad jurídica “Allanamiento, desestimación e inoponibilidad de la personalidad jurídica. Responsabilidad de los integrantes de los órganos de administración. Responsabilidad de los controlantes” (Una propuesta metodológica). Versión desgrabada de la conferencia de apertura del Dr. Efraín Hugo Richard¹³⁴

Señora Secretaria General de la Universidad, Señor Decano y Señor Secretario de la Facultad de Derecho, Señores Directores del Primer Congreso Argentino – Español de Derecho Mercantil.

Mi reconocimiento por el honor conferido al imponérseme esta comunicación de apertura, que sin duda lo es a la Universidad Nacional de Córdoba, con su centenaria tradición nacida de la cultura jesuita.

Lleno de emoción en este imponente e histórico ambiente que llama a las tradiciones, los desilusionaré no leyendo una erudita conferencia como marcan las reglas, sino con las espontáneas meditaciones que me genera el temario tan inteligentemente propuesto para este Congreso ante los acontecimientos que vive el mundo.

Quiero formalizar un recuerdo a un extraordinario jurista, como lo fue Manuel Broseta Pont, con quien me encontré aquí en el mismo otoño de 1991, para arribar a este Congreso Internacional desde el Derecho Interno, haciendo un poco de historia. En 1975 me encargaron la realización de un Congreso de Derecho Societario, que inició una tradición, y que se reeditó nuevamente en Córdoba en el año 92. Para su organización en el año anterior realicé un periplo por España, visitando Madrid, Sevilla y esta Ciudad de Valencia, donde tomé contacto con aquel ilustre Catedrático, junto a otros, El Congreso del 92 se realizó con asistencia de 32 profesores extranjeros, entre ellos Embid Irujo, junto a otros juristas españoles. Broseta Pont me había expresado su decisión de acompañarnos, pero un acto terrorista nos privó definitivamente de su iluminada doctrina, aunque hoy nos preside con el Departamento de Derecho Mercantil de esta Universidad de Valencia que ha organizado el evento académico y que lleva su nombre.

La unión fue intensificándose actuando Buenos Aires, Córdoba, Mendoza, Rosario y Tucumán como centros.

En el 94 me acerqué con más intensidad a Valencia y Castellón apoyado por Embid, donde me reencontré con Profesores hoy presentes. La gente joven fue uniéndose a esos grupos y tomando roles protagónicos.

Las vinculaciones en sucesivos Congresos y Cursos se reforzaron a través de la Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, cuya subdirección comparto con Luis Velasco San Pedro; en el Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho que organicé en Córdoba en el año 1999, con la vinculación a las mismas y a la propia de Córdoba de numerosísimos españoles como Correspondientes o Miembros de sus Institutos, muchos hoy aquí presentes.

¹³⁴ Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), Abogado y Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Doctor Honoris Causa por la Universidad Nacional de Tucumán, Doctor Honoris Causa por la Universidad Católica de Salta, Académico de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, de la que es Director de su Instituto de la Empresa.

A mi entender una conferencia de apertura debe tratar de escudriñar aspectos en los temas sobre los que se ha convocado en este Primer Congreso Argentino-Español de Derecho Mercantil, o sea sobre “Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado”, aspecto que tiende al análisis del delicado equilibrio que debe tener –como recurso técnico jurídico- el nacimiento de un centro imputativo autogestante cual es una sociedad, sea que se le reconozca personalidad jurídica o cierta subjetividad.

Ese centro imputativo, formidable herramienta jurídica del hombre para actuar en el mercado con simplificación de relaciones jurídicas, concentración de capitales y organización empresaria, está sujeto a ciertos equilibrios que son los que motivan las temáticas de tres días de trabajo.

Previamente a referirme a ellas, dos líneas de reflexión en torno a aspectos metodológicos o sistemáticos del derecho en general y particularmente del de sociedades:

En primer lugar, lo genérico en torno a Economía y Derecho, constituyendo éste el orden del orden social, a lo que se debería unir la técnica, las Ciencias Económicas para generar y distribuir la riqueza, devolviendo lo financiero a su posición accesoria ante la economía. La seguridad jurídica está determinada por la estabilidad de las normas y su simplicidad para disminuir los costos de la mediación jurídica. Propugno una Economía del Derecho, al decir de Santini: un sistema con menos leyes, pero más efectivas, apartándonos de las insidias del método del análisis económico del derecho como señala José María Gondra, introduciendo en el derecho privado, creado para reglar las relaciones de cambio, aquellas que correspondan a las de las relaciones de organización, para estimular la creación de riqueza y no la mera especulación financiera. No se trata de cambiar el sistema, sino de encuadrarlo ante el descrédito actual. Aspiramos acotar la acción de los tecnócratas economicistas para apuntalar la democracia, no delegando el poder a la economía.

En segundo lugar, lo específico: afrontar la sistemática de las relaciones de organización para configurar técnicamente esa parte del orden del orden social, bajo la reiterada advertencia de que los grandes sistemas del derecho privado han sido construidos desde las relaciones de cambio, y las normas en torno a aquellas relaciones aparecen asistemáticamente introducidas desde el derecho de las sociedades por acciones.

Por ello la necesidad de construir sistemáticamente el orden de los centros de imputación de derechos y obligaciones, gestantes y autogestantes, como las sociedades y los fideicomisos, desde la personalidad o la patrimonialización como técnicas de imputación; una teoría del acto colegial colectivo y del fenómeno grupal.

Justamente desde el fenómeno grupal se advierte la globalización jurídica y económica, donde sociedades escapan a las regulaciones del derecho interno, entrelazándose y participando desde nuevos sujetos de derecho creados por la autonomía de la voluntad.

Esa globalización del grupo lleva a afrontar la concurrencia a través de leyes de competencia, permitiendo observar la limitada soberanía y aplicación del derecho interno, que tornan fútiles las discusiones sobre la construcción tipológica local, sobre el accionar de las sociedades extranjeras, particularmente al producirse problemas que tornan aplicable las teorías sobre la extensión de la imputación o de la responsabilidad, sea que exista o no concurso del deudor local.

Específicamente en relación a los tres temas que nos convocan, el tercero es el que primero aparece en la historia de las sociedades: los conflictos societarios, que tienden a asegurar el equilibrio interno, recomponiendo su funcionalidad y limitando la judicialidad.

El segundo tema, el de la limitación de responsabilidad o acotamiento de la imputabilidad, resguardando el uso funcional del recurso técnico. No es otra cosa que aspectos del control

societario, de la “corporate governance”, de los códigos de ética y del análisis de normas penales en torno a las falsas comunicaciones sociales, a la distracción de fondos sociales en beneficio de terceros, el ocultamiento de fondos extrabalance, a la información a minoría e inversores, o a la falta de convocatoria a asamblea por pérdida de parte del capital social que hace a una adecuada dotación, u otra causal de disolución.

El tema no es extraño a la existencia del “shadow director” como las personas que habitualmente imparten instrucciones o directivas a los administradores, en todas o algún área específica de la actuación de la sociedad, con la caracterización que se ha profundizado en la sentencia del 21 de diciembre de 1999 de la Corte de Apelaciones de Londres por el Juez Morrit.

Sin duda en los próximos tiempos la figura de la “inoponibilidad” podría extenderse a otros sistemas de limitación de responsabilidad como es la técnica de patrimonialización a través del fideicomiso, cuando encierra fines de abuso de derecho o de fraude a terceros. No será extraño a ello, y vinculado al punto siguiente la responsabilidad del administrador de fondos fiduciarios o de inversión, y ya no en el aspecto interno frente a los inversores, sino frente a las sociedades participadas. Se extiende también a los grupos institucionales particularmente en torno a la responsabilidad y rol de los gestores. En Estados Unidos la Court of Chancery de Delaware el 17 octubre 2000 en tema de “class actions”, decidió poner la unidad del caso en manos de los dos máximos inversores institucionales convocados al juicio, lo que califica su influencia.

El fenómeno grupal, de la concentración empresaria, de las O.P.A. genera la actividad contigua, configurando lo que me permitiría describir como el escenario de la guerra moderna, de carácter eminentemente financiero.

Respecto a los acuerdos externos entre sociedades, o sus reorganizaciones, en cuanto puedan afectar al derecho de la competencia, a otras sociedades o a terceros genéricos, Argentina tiene una ley sobre concentración económica, y el Poder Ejecutivo ha normado el Régimen de transparencia de la Oferta pública por Decreto 677/01, que soslayó el sistema legislativo, introduciendo previsiones de “transparencia de la oferta pública” a través de preceptos que sugieren conductas, y el otorgamiento de acciones derivadas, como así la adquisición-venta recíproca de participaciones minoritarias, habilitándose la información electrónica, a la que pueden acceder todos los accionistas.

En Italia, en materia de competencia en la concentración Telecom Italia/Sean Pagine Gialle, el 27 de julio de 2000 y para asegurar la transparencia en el mercado de las telecomunicaciones a través de Telecom Italia, se condicionó la fusión al cumplimiento de severos requisitos, que supuestamente se cumplieron, para despertar en julio del corriente año con el conocimiento de cuestionables aspectos que han dado a intervenir a la justicia del crimen.

En todos los casos se trata de asegurar una ética de la genética y funcionalidad societaria. La libertad de creación de nuevos entes debe estar sujeto a reglas de eticidad y de responsabilidad. Esa ética, como anticipábamos, ha de dirigirse también hacia los administradores de fondos de inversión, tanto en la forma de realizar la inversión misma, como en la conducta en las asambleas posteriores, apoyando a los grupos de control.

Así, en Inglaterra desde 1999, a partir de los informes Cardbury y Bradbury, una Comisión trabaja en Inglaterra creada por el Department of trade and industry, que ha presentado “Modern Company Law for a competitive economy. The strategic framework: General Meeting and Shareholders communication, Company Formation and Capital Maintenance Reforming the Law Concerning Overseas Companies”. Un nuevo documento publicado en marzo del 2000 sobre el “Corporate governance” atiende a los deberes y responsabilidad de los administradores, y a los poderes de la minoría, balances y derechos de información. También atiende a las pequeñas y

privadas compañías. Otro publicado en noviembre del 2000, una segunda parte: grupos de sociedades, reorganización societaria, reformas y disciplina de las sanciones.

Quizá el desafío frente a la globalización –en gran parte limitado a lo económico- es tener presente que la “sociedad” es un instrumento económico, y que no afecta su desarrollo asegurar la publicidad para los terceros, permitiendo que puedan conocer quiénes son los verdaderos titulares o responsables de las sociedades constituidas en el extranjero, particularmente en paraísos fiscales, para que las mismas no sean los instrumentos anti éticos, mientras se limita a asegurar la ética de las compañías nacionales.

Los cambios son continuos, pero las estrategias para el control innovan continuamente.

Finalizo, quizá fuera de contexto, no pudiendo dejar de referirme conforme el compromiso con la realidad, que hoy nos encontramos reunidos en este Congreso profesores de universidades españolas y argentinas, con la misma vocación, mientras en nuestro país se genera cierta xenofobia a lo español. El “leverage by out”, una de esas formas de ingeniería financiera para adquirir control, se aplicó ilegalmente en el caso de Aerolíneas Argentinas, que se encuentra en cesación de pagos desde julio de 1992 merced a ello, perjudicando notoriamente la participación de los trabajadores y del Estado argentino, y de la empresa misma, en beneficio de inversores privados, obligando luego a ayudas económicas a los Gobiernos de ambos países, y a un estado de desconfianza a nacionalidades y a otras inversiones.

Tengo muy claro en torno a esa xenofobia, que porto de segundo apellido Ferrer, que ningún cuestionamiento hay a personas o a instituciones, y que el conflicto es justamente por el abandono del derecho, por la corrupción que se generó por parte de operadores internacionales –incluso argentinos- apoyados por la incapacidad o corrupción de los políticos en la entrega de bienes y servicios. No se podrá superar ese estado de desconfianza mientras no se apliquen los instrumentos que brinda el derecho para la investigación profunda de lo acaecido. Sólo así se podrá restablecer el respeto a las inversiones serias.

Y ese escenario de la guerra moderna, donde lo financiero de accesorio de lo económico ha ocupado un papel principal que desequilibra, se advierte particularmente ante el terrible ataque terrorista a la población civil de Nueva York, que sin duda tuvo apoyos de empresas o de fondos amparados en el anonimato, que financiaron desde las sombras ese atentado a la humanidad.

Venimos hablado de códigos de ética en torno al gobierno de las empresas, y contemplamos anonadados en el mundo la total falta de eticidad por las maniobras de lavado de dinero, ruptura desleal de la competencia a través de la corrupción por parte de empresas privadas a funcionarios gubernamentales, aumentando la sectorización económica que ha llevado a Henry Kissinger a prevenir sobre la inexistencia de fronteras para masas hambrientas, sugiriendo junto a George Soros la aceptación de la tasa Tobin (Premio Nobel de Economía) para paliar los daños generados por los capitales golondrinas.

No hay duda que se ha producido una globalización informativa, inclusive secreta, como la que publicita Estados Unidos como ley de guerra sobre la posibilidad de conocimiento de todas las comunicaciones, al mismo tiempo que sus Comisiones del Congreso informan en el mundo de las conclusiones sobre lavado de dinero con participación de bancos locales. Pero también conocemos, paradójicamente, la oposición el pasado año –particularmente del senador Phil Gramm con el apoyo de la industria financiera- al dictado de una ley que impidiera el acceso al mercado financiero estadounidense a los países y bancos extranjeros que no cooperaran en las investigaciones sobre lavado de dinero.

Ante ello y para combatir el terrorismo, y también otras formas de delincuencia, la globalización informativa debe permitir terminar con el mito del secreto bancario o del secreto accionario, para acotarlo a una mera reserva financiera, que permita globalmente a las autoridades conocer quienes aplican fondos a fines indebidos u obtienen financiación ilícita a través del sistema globalizado del “back to back”.

Pero no podría terminar sin señalar cual debería ser el rol del derecho mercantil ante el actual estado de cosas. El mensaje, a mi entender es volver al viejo corazón del Derecho Mercantil: a la justicia rápida para recomponer los repartos, y a la aplicación de los usos y costumbres como lo que es debido y justo. Volver a la eticidad de las relaciones contando con toda la información necesaria y en resolución rápida, para no hacer del derecho una fachada formal en la que se encubran los poderosos que actúan ilegítimamente, rompiendo la competencia y corrompiendo, con aumento de la sectorización social que atenta contra la seguridad global.

Invito a los asistentes a este Congreso a trabajar en ese orden de ideas dentro de los temas específicos de la convocatoria, en ánimo de colaborar, desde estos recursos técnico jurídicos a alcanzar el orden social que todos anhelamos.

ANEXO III:

CONGRESO IBEROAMERICANO DE ACADEMIAS DE DERECHO - Zaragoza 2005 - PROBLEMÁTICA DE LA DEUDA EXTERNA Y LA MUNDIALIZACIÓN FINANCIERA - Efraín Hugo RICHARD¹³⁵

*“... la realidad no es así, la realidad esta así.
Y está así no porque ella quiera.
Ninguna realidad es dueña de sí misma...
nuestra lucha es por cambiarla y no acomodarnos a ella...”*
FREIRE, Paulo - *El grito manso*.

I – PRÓLOGO. La comunicación del Presidente de la Academia que integramos, resulta una magnífica introducción de la elemental que formalizamos de seguido, configurando una visión socio económica del fenómeno que asola a la humanidad y que destacó Joaquín Estefanía, ex director del diario El País de la Nación anfitriona: *“Un fantasma recorre el mundo: el de la enfermedad moral del capitalismo, que arrasa su legitimidad. Los ciudadanos han visto desnudar la codicia, la avaricia, la desigualdad, la exclusión, sin velos de ningún tipo”*

Los aspectos dkelógico o axiológico, como el sociológico o político social, quedan así cubiertos, por lo que centraremos nuestra atención en algunos aspectos económicos o normológicos.

Esbozada la teoría del conflicto, no aparece la posibilidad cercana de una cíclica alteración de los roles –como sería natural-, por lo menos en relación a países de África Asia e Iberoamérica. Aunque quizá se cierne sobre la Tierra los riesgos de una debacle generada por la extrema marginación y sectorización económica, como así también por los excedentes financieros.

Desde el año 1994 nos preocupan estos temas¹³⁶, anticipando el desastre en los sistemas productivos nacionales generados por la mundialización financiera y una política interna exclusivamente monetaristas. Mientras denunciemos esa situación, incluso respecto a la imposibilidad de pago de la deuda externa, nuestros gobernantes seguían endeudándose alegremente transfiriendo el problema a futuros mandatos, y los intermediarios financieros que cobraban jugosos honorarios seguían acercando a incautos inversionistas engolosinados por los altos intereses. No obstante ello, la crisis continúa en nuestro país, al igual que otros, pues se intenta regular la economía en función de normas de los países del primer mundo –aplicadas por organizaciones o jueces del mismo-, que no atienden a las situaciones locales, agudizando la marginación, imponiendo soluciones coyunturales de tutela social y cuestionando cualquier vía a favor de los excluidos o marginados en torno a una mejor distribución de los repartos.

Desde el 2001 avizoramos una crisis del sistema financiero mundial¹³⁷, y las Academias tienen la obligación de advertirla y lanzar soluciones, por lo menos para acotar los efectos nefastos.

La mundialización centra la atención en lo financiero, reservando lo productivo para los países del primer mundo, conscientes que la pérdida de trabajo destruye el orden social. El hambre y la

¹³⁵ Académico de Número y Tesorero de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Presidente de la Comisión Organizadora del Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho realizado en Córdoba, República Argentina, en 1998.

¹³⁶ En los trabajos que reseñamos en nota 6 y las anteriores comunicaciones en Reuniones Conjuntas de Academias.

¹³⁷ Nto. *Realidad, Economía y Derecho* en libro colectivo “Política, Economía y Derecho” de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2005.

desesperanza parecen la contracara de obligaciones del Estado moderno: buena alimentación, buena salud y buena educación para el desarrollo de los pueblos, que de no quedan condenados de antemano a la pérdida de su libertad.

Pero la falta de normas de aplicación mundial, en beneficio de todos los habitantes del planeta, hace confundir sobre la validez de las normas que se pretenden aplicar, aceptándolas por si mismas y no por los fines que realmente tutelan.

Lo expresado pone en duda a la economía como ciencia. Ello por cuanto aparece en la vida social con pragmatismo acientífico y anti ético, en la idea de lo utilitario como desviación economicista, y no de la creación de riqueza para atender al solidarismo social. La economía es considerada como una actividad humana destinada a la producción de ciertos valores de utilidad. Por eso la ontología de la economía es una de las llamadas ontologías regionales. Como lo producido son valores, la ontología en cuestión se yuxtapone a una axiología o teoría de los valores útiles, y en ocasiones a ciertas partes de la antropología filosófica. En tanto como objeto de una epistemología de las ciencias naturales, la economía es considerada como una actividad humana sometida a ciertas leyes de acuerdo con las cuales tiene lugar la producción de bienes, su distribución y su consumo. Tal epistemología alcanza sus mayores triunfos cuando prescinde, en la medida de lo posible, de factores históricos, o históricos psicológicos, y se refiere a la actividad económica que tiene lugar en sociedades cuantitativamente importantes y relativamente niveladas.

No pretendamos ser revolucionarios ni conservadores, sólo abogados. La teoría neoliberal predica el equilibrio fiscal, pero la práctica neoliberal produce un desequilibrio colosal. Es una ideología totalmente falsa que tiene su origen en el siglo XVIII del hombre posesivo que lucha por su felicidad a través de la racionalidad. Cuando la gente vota contra el esquema, se dice que la gente vota a “demagogos y populistas”. Referido al proceso argentino en los últimos años, se sostiene que “Tuvo sus características propias, pero formó parte de un movimiento más amplio que practicó formas criminales de la economía basadas en las armas, la droga y los procesos de privatización extremadamente dudosos”¹³⁸.

II - SÍNTESIS.

1. El sojuzgamiento entre países genera un efecto pernicioso, quizá no deseado, la destrucción del sistema productivo, un endiosamiento de lo financiero, que de accesorio se considera antinaturalmente principal, y un ahondamiento de la sectorización económica, con desocupación y devaluación del valor del trabajo, en neta evolución anticapitalista, que supone el mercado con plena ocupación y salarios dignos.

Pretendemos poner la atención de los juristas en ciertos abusos de la mundialización financiera y las técnicas jurídicas que podrían paliarlas, particularmente poniendo al hombre común, al ciudadano del país endeudado, víctima de conductas abusivas, como un protagonista.

Se impone a nuestro entender una mirada a la realidad dolorosa que se observa, los desequilibrios, sectorización o marginación económica y jurídica que atenta contra los derechos humanos, contra la visión humanista de los que vemos en el derecho un elemento para la convivencia y no para la dominación.

¹³⁸ DOS SANTOS, Thetónio, sociólogo brasileño autor del libro “La teoría de la dependencia”, en entrevista publicada a pág. 98 de la Revista Noticias del 26 de julio de 2003.

La mundialización financiera existente permite determinar que hay demasiados capitales disponibles en el Mundo, pero quizá no las suficientes inversiones productivas.

Con las reflexiones que formalizamos no queremos referirnos a la deuda externa argentina, y menos aún al proceso de canje de títulos o los avatares de recursos de acreedores, sino a la proyección de esa deuda para el desarrollo de los pueblos, y particularmente a auspiciar la formulación de una recomendación.

2. La futura deuda externa se debería plantear como negocio en participación, o sea como capital de riesgo, pero participando en los resultados positivos del negocio. El riesgo del inversionista es el capital que arriesga y no más. De esa forma se financiaría seriamente y no simples aventuras políticas o déficit fiscal como hasta ahora. Incluso se ayudaría a determinar la existencia de inversiones productivas, o el perfeccionamiento y desarrollo de las mismas.

Así se justificaría el rédito de la inversión financiera, pues la actividad financiera no produce réditos en sí misma sino cuando acompaña como accesorio que es a la actividad productiva, única generadora real de riqueza, aunque nos haya hecho creer lo contrario, y así estemos.

III - DEUDA EXTERNA Y DESARROLLO HUMANO

1. Comenzamos el tercer milenio con una victoria, un triunfo absoluto en todo el mundo del capitalismo como forma posible de organización económica, fundamentado siempre sobre el mismo sistema institucional, la libre fijación de los precios en el mercado y la libre propiedad de los medios de producción; los derechos humanos, y en primer lugar la libertad de conciencia; la evolución progresiva hacia la separación de poderes y la democracia. Permitiendo así la consolidación del tan mentado proceso de globalización económica.

Pero lejos ello de generar el crecimiento económico o el desarrollo global de la humanidad saneando las diferencias existentes entre países pobres y países ricos, solo ha contribuido a profundizarlas aún más, llevando a una cada vez mayor parte del planeta, tal el caso de América Latina, gran parte de África y en algunas zonas de Asia, a condiciones de vida en constante deterioro, donde el crecimiento económico (uno de los paradigmas del capitalismo), es inexistente o nos atreveríamos a decir inalcanzable por sus altos niveles de endeudamiento y por las cuentas de sus balanzas de pagos permanentemente negativas.

Para afrontar el pago de los intereses o servicios de la deuda pública externa, los gobiernos suelen declarar la emergencia económica, con una cuestionable "ética de la restricción" que impone límites al financiamiento de la educación, salud y seguridad social.

No dudamos que un cambio pasa por lo ético, intentando eliminar toda manifestación de corrupción e ilegalidad, como así también en la valoración axiológica de lo afectado por las restricciones, cuestionando los intentos de los Poderes Ejecutivo o Legislativo de eliminar el control de los afectados unilateralmente en sus derechos, con medidas que no alcanzan a todos los sectores equitativamente, lo que debe ser judicialmente asegurado¹³⁹. Los gobernantes deben dar ejemplo en la restricción que se intenta transferir a las retribuciones alimentarias.

¹³⁹ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza (R. Argentina) voto de la Profesora Dra. Aida Kammelmajer apuntando: "La emergencia debe ser grave, porque no cualquier crisis es una emergencia, pero no se exige que la situación se presente como repentina o imprevisible... La emergencia que puede legítimamente pretender ser oída y atendida es aquella que lo es de la sociedad; no ha de confundírsela con la que puede haberse producido por acción o por omisión, por error, por incapacidad o por mala fe de quienes gobiernan... La utilización de emergencia no aleja sino que acentúa el

2. El contexto de la economía internacional, con países ricos, acreedores (o con población acreedora) y países pobres, deudores, viene a agudizar las situaciones de crisis de los países pobres, perdiendo así la capacidad de dar solución, ni tan siquiera a los problemas coyunturales que se les plantean en lo económico, lo social y lo político. Son cuantiosos los esfuerzos y los estudios realizados al respecto, fundamentalmente el trabajo de la CEISAL, tratando de mostrar las causas, los efectos, las posibles defensas de los países deudores y proposiciones de solución con resultados, por lo general, muy poco productivos.

Ello nos lleva a insistir¹⁴⁰ sobre que la deuda externa es un problema preeminentemente económico, pero fundamentalmente es un hecho social sumamente complejo que, como tal, presenta distintos aspectos de una misma realidad, exigiendo, al ser tomado como objeto de estudio un análisis interdisciplinario por parte de las ciencias sociales, realizando de esta manera una apreciación integral del mismo.

La ciencia jurídica, generalmente, realiza el análisis desde una perspectiva normativa pura y exclusivamente jurídica, las más de las veces abordando aspectos normativos restringidos, limitándose a lo formal, contingente o dogmático del Derecho Positivo -derechos del acreedor y límites de su pretensión-, olvidando incorporar al análisis la relación existente entre la norma jurídica y la realidad social (hecho social). A ese mismo hecho social que normará, regulará y encausará en pos de un determinado objetivo teleológico, sólo lograble con una adecuada interrelación con el resto de las ciencias sociales. Así, la ciencia jurídica al estudiar el fenómeno económico, o sea su base fáctica, no solo ampliará su sustento epistemológico sino que también le permitirá contribuir a cumplir con el fin axiológico que les da vida: el bienestar común y la distribución de la riqueza¹⁴¹. Más en el tratamiento de la deuda externa donde una de las partes es un país subdesarrollado o en vías de desarrollo con complicados problemas sociales, donde las soluciones son coyunturales y se limitan a diferir pagos mientras agravan el conflicto y la deuda.

No hay crecimiento sin crecimiento social y se da la paradoja de que mientras se festejaba el cincuentenario de la Declaración de los Derechos Humanos, se afecta también el factor cultural que aparece ligado, al igual que otros, a la "globalización económica", que tiende a generar situaciones más complejas, pues mientras se declaman derechos de tercera generación¹⁴², se hace cada vez más difícil el acceso a la justicia y dudosamente se respetan los de primera generación para quienes no

control de constitucionalidad...La ley de emergencia no podría frustrar un derecho constitucional, pero sí podría suspender su goce, de modo razonable....*La ley de Consolidación distingue, sin razón valedera, deudas internas y externas*, deudas en la que medió controversia y aquéllas en las que no existió; deudas corrientes y no corrientes, etcétera..." (in re: Merga, Fernando c/ Municipalidad de las Heras, Sala 1º 15.2.94) JA 1994-II-486.

¹⁴⁰ Ntos. *DEUDA EXTERNA Y MERCADO* -también con Emma Mini de Muiño- que fueran presentados: al II Encuentro Internacional de Economía, libro *La Argentina Contemporánea*, Ediciones C.I.E.C., año 1995, Córdoba, Argentina. - *CRECIMIENTO ECONÓMICO, DEUDA EXTERNA Y CRECIMIENTO SOCIAL*, Revista de la Facultad, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C. -*DEUDA EXTERNA Y MERCADO*, IL Debito Internazionale Tai del II Convegno, 25-27 Maggio 1995. - *CONTRATOS DE COLABORACIÓN Y BALANZA DE PAGOS*, III Forum Universitario sobre MERCOSUR, Campo Grande-Brasil, septiembre de 1995, Universidad Federal de Mato Grosso Do Sul. -*DEUDA EXTERNA, INVERSIONES Y DESARROLLO*, IV. Coloquio América Latina - Europa, Madrid, España, 24 y 25 de junio de 1996. -*DEUDA EXTERNA Y SUBDESARROLLO*, I Congreso Europeo de Latinoamericanistas - Deuda Externa y Derechos Humanos, Salamanca, España, 26 y 29 de junio de 1996. -*DEUDA EXTERNA, POBREZA Y DERECHOS HUMANOS*, II Congreso Nacional y I Congreso Latino Americano de Derechos Humanos, 15,16 y 17 de agosto de 1996.

¹⁴¹ "El objeto de la Ciencia Jurídica debe ser el estudio del sistema normativo objetivado, interactuando dinámicamente con la realidad social" LOPEZ GODARACENA, Oscar A. *Deuda Externa (Análisis Jurídico)*, Ed. Depalma, Bs. As. 1994.

¹⁴² Clasificación realizada por Karel Vasak en los años setenta, en su *Teoría de derechos del hombre de la solidaridad*. Lo exponemos más ampliamente en nro. trabajo con Mini de Muiño *Deuda externa y subdesarrollo*, cit.

integran los grupos económicos que predisponen los contratos y la legislación misma¹⁴³. Un admirador del sistema capitalista¹⁴⁴ señala que sólo unos pocos negarían que el capitalismo es el sistema económico más productivo y eficiente, especialmente luego del colapso del comunismo soviético, pero reconoce que aún algunos críticos afirman que el capitalismo no es un sistema ético. Basado exclusivamente en el planteo de la libertad moral, afirma que la ética sólo puede ser posible en ese sistema que asegura la libertad de elección, pero subrayando que se tiene la obligación moral, ética, de respetar los derechos de los otros. Los derechos naturales señalan que es moralmente legítimo utilizar la coerción en contra de alguien que desde un principio abusa del poder, enfatizando que el rol de los gobiernos es el de proteger los derechos naturales del hombre.

Es fundamental reconocer en el derecho internacional que la obligación de pago, originada en un contrato de derecho internacional, es de cumplimiento ilimitado. Pero al mismo tiempo el ordenamiento internacional, desde sus orígenes, se sustenta y encuentra legitimación en el principio de preservación de la existencia de cada uno de los miembros de la comunidad internacional. Cuando ese cumplimiento ilimitado de pago impida al país deudor garantizar el estándar mínimo de derechos humanos y la seguridad interna, es decir le genere problemas de carácter existencial, es pertinente invocar el estado de necesidad, siempre y cuando, éste no haya sido ocasionado por el estado mismo en forma reprochable.

3. Una comisión mixta de arbitramento, instalada por Francia y Venezuela, a comienzos siglo XX, se pronunció sobre la invocación de Venezuela a su incapacidad de pago, de la siguiente manera: “(The Government) cannot be charged with responsibility for the conditions which existed in 1899, prostrating business, perishing trade and commerce, and annihilating the products of agriculture; nor for the exhaustion and paralysis which followed: nor for its inability to pay its just debts; nor for the inability of the company to obtain money otherwise and elsewhere. All these are misfortune incidents to government, to business, and to human life. They do not beget claims for damages”¹⁴⁵.

4. La Decisión de la Corte Internacional Permanente de La Haya en el caso Socobel (Bélgica v. Grecia) sobre la consideración necesaria de la incapacidad de pago de un Estado bajo el fundamento de derecho internacional que valora el fundamento de legitimación cuando coloca de manera absoluta sobre la confianza contractual y el cumplimiento ilimitado de las obligaciones de pago, la capacidad de cumplimiento de las funciones estatales elementales internas y externas. Se trata del fallo de la Corte en el Caso SOCIEDAD COMERCIAL DE BELGICA (SCB) –caso Socobel¹⁴⁶- con fecha 15 de junio de 1939, en fallo adoptado por 13 votos contra 2.

¹⁴³ Imponiendo la flexibilización laboral; regulando las tarifas monopólicas en perjuicio de sectores sin representación estable, generando disposiciones societarias que resguardan a los grupos de poder o de regulaciones concursales que favorecen la actuación de administraciones sin previsión patrimonial suficiente.

¹⁴⁴ Nos estamos refiriendo a YOUNKINS, Edward W., profesor en la Universidad de Wheeling, Virginia, U.S.A. y a su artículo *Negocios y ética en una sociedad libre* en La Voz del Interior, Córdoba 17 de diciembre de 1997, pág. 16 A.

¹⁴⁵ RIAA, T. X, pág. 9 353, citado por HERDEGEN, Matthias *Derecho económico internacional*, 2ª edición 1998, Ed. Dike Biblioteca Jurídica, Colombia. Lo traducimos libremente de la siguiente manera: No se puede responsabilizar (al Gobierno) por las condiciones que existían en 1899, postrando a los negocios, afectando la industria y el comercio, y aniquilando los productos de agricultura; tampoco por el agotamiento y la parálisis que siguieron: no por su incapacidad para pagar sus justas deudas; no por la inhabilidad de la compañía para obtener dinero de otro modo y en otra parte. Todas esos son desafortunados incidentes para gobernar, para hacer negocios y para la vida humana. Ellos no engendran demandas por perjuicios.

¹⁴⁶ PCIJ series A/B, núm. 78, pág. 21, citado por Herdegen, libro cit., a pág. 377, en versión inglesa. La traducción libre que formalizamos al español se encuentra en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales www.acader.unc.edu.ar, donde puede consultarse otros trabajos sobre deuda externa, mundialización financiera y actividad bancaria *off shore* e *indirect doing business*

El gobierno griego reconoció a la postre el reclamo del gobierno de Bélgica en cuanto que el fallo arbitral, dictado con anterioridad a la intervención de la Corte, tiene la fuerza de *res judicata* sujeta a la expresa reserva de que es incapaz de ejecutarlos como se formuló, como de que está listo para discutir y concluir con la SCB un acuerdo para la ejecución de estos fallos siempre que su capacidad presupuestaria y monetaria lo permitan; y que, en principio, la justa y equitativa base para dicho acuerdo se debe encontrar en los acuerdos concluidos o a ser concluidos por el gobierno griego con los obligacionistas de su deuda publica externa.

La Corte ingresó en las consideraciones con respecto a que si sería justo y equitativo, como opuesto a la ley estricta, conforme a lo peticionado que debido a su situación presupuestaria y monetaria es materialmente imposible para el gobierno griego ejecutar los fallos como están formulados; el gobierno griego y la SCB deben llegar a un acuerdo para la ejecución de estos fallos que corresponda con la capacidad presupuestaria y monetaria del deudor; y que, en principio, la base justa y equitativa para dicho acuerdo se debe encontrar en los acuerdos concluidos o a ser concluidos por el gobierno griego con los obligacionistas de su deuda publica externa. Entendiendo que, aunque la Corte no puede admitir los reclamos del gobierno griego, puede colocar en los registros una declaración que si bien el gobierno griego deberá ocuparse del tema de los pagos, teniendo en cuenta los legítimos intereses de la empresa, la habilidad del gobierno griego de pagar, y la tradicional amistad entre los dos países, habilitan a la Corte a declarar que los dos gobiernos están, en principio, de acuerdo en contemplar la posibilidad de negociaciones en vista a un arreglo amistoso en el que se tenga en cuenta, entre otras cosas, la capacidad de pago de Grecia, o sea la capacidad monetaria y presupuestaria del deudor.

Claramente la Corte consideró que mas allá de lo estrictamente legal o de su competencia, cabía valorar la equidad como principio rector de las relaciones entre los estados y en especial cuando hay un conflicto de intereses. Equidad fundada en la posibilidad de pago y cumplimiento de los fines del Estado (presupuesto).

5. En años posteriores y por distintas causas la Corte Internacional de Justicia ha seguido haciendo referencia a la relación que debe existir entre la ley y la equidad, un ejemplo de ello es cuando sostuvo que “la aplicación de la equidad es un problema abstracto de la Justicia, pero la aplicación de las reglas de derecho requiere la aplicación del principio de equidad”¹⁴⁷, pues el Juez no puede sino juzgar sino a través del prisma de la equidad que, según clásica definición, es aquella parte de la justicia legal que nos induce a la no aplicación de aquellas normas que implican consagrar una injusticia grave y evidente (nota a los arts. 2567 a 2570 del Cód. Civ.). Las leyes predeterminan qué debe considerarse justo o injusto, y que para su aplicación debe seguirse un camino deductivo, mientras que cuando se trata de resolver aplicando un criterio de equidad la solución se busca por un camino inductivo, puesto que se parte de la premisa que la aplicación de ley en forma estricta, sopesando las circunstancias del caso concreto, resulta a priori, injusta. Y lo que no puede soslayarse es la necesidad de satisfacer la necesidad de justicia en las relaciones humanas, así como también los requerimientos del orden social¹⁴⁸.

6. El derecho internacional valora su propio fundamento de legitimación cuando coloca de manera absoluta sobre la confianza contractual y el cumplimiento ilimitado de las obligaciones de pago, la capacidad de cumplimiento de las funciones estatales elementales internas y externas. En caso de dificultades de pago de carácter “existencial”, es pertinente invocar el estado de necesidad

¹⁴⁷ I.C.I., Reports 1969, par. 85, pag. 47.

¹⁴⁸ PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio O. *La jurisdicción de equidad o la vuelta del pretor*, LL-1980-B-937; CNCiv., Sala "G", 8/7/809, ED 90-228)

(necessity), siempre y cuando, éste no haya sido ocasionado por el estado mismo en forma reprochable. Hemos visto que en la jurisprudencia de las cortes internacionales y los tribunales de arbitramento encuentra cabida la idea de consideración necesaria de la incapacidad de pago de un estado

Es fundamental permitir que los Estados, que por su existencia justifican las organizaciones internacionales a las que han dado origen, aseguren los derechos humanos mínimos de sus habitantes, y ello debe ser reconocido por la comunidad internacional.

7. Pasamos por alto, por indiscutible, el derecho a la alimentación, que genera la capacidad de vivir y aprender, para recalcar en el derecho a la salud e integridad física¹⁴⁹, en cuanto uno de los derechos humanos básicos que tiene el hombre por su condición de tal. Se encuentra contemplado indirectamente en los tratados de derechos humanos, en las recomendaciones de los organismos comunitarios y directamente en algunas constituciones y Códigos Civiles. Como ejemplo: La Asamblea del Consejo de Europa bajo el nº 779/76 recomendó a los Estados la adopción de medidas tendientes a garantizar los derechos de los pacientes, en especial el de información. La Constitución de Brasil de 1998 en su art. 196 establece que "La salud es un derecho" de todos y un deber del Estado, que debe ser "garantizado por éste, sobre la base de un acceso universal y unitario". En igual sentido se orienta la Constitución de Perú de 1993 que dispone que "todos tienen derecho a la protección de su salud". Sin una norma tan expresa como las establecidas en las Constituciones de México y Perú, los derechos a la salud y a la integridad física son objeto de reconocimiento en la Carta Magna Argentina, y en los diversos tratados a los cuales nuestro ordenamiento jurídico ha acordado jerarquía constitucional a partir de la reforma operada en el año 1994 (art. 75, n. 22). Por otra parte la salud como valor y derecho humano fundamental es reconocido y protegido en diversos instrumentos comunitarios e internacionales en materia de Derechos Humanos, que hoy gozan de jerarquía constitucional, a saber: Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948, arts. 3 y 8; Pacto Internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales, art. 12 n. 1 y 2 ap. D; Convención Americana sobre derechos humanos, arts. 4 a, 5 n. 1 y 26; Convención sobre los derechos del niño, art. 24 inc. 2°. En suma, dentro de los derechos humanos fundamentales reconocidos y que tienen aplicación en el ámbito interno de la mayoría de los Estados, se encuentra el derecho a la salud física y mental. Es dable recordar la clásica definición del concepto de salud dada por la OMS, interpretando por tal no la simple ausencia de enfermedad, sino ya el "equilibrio físico-psíquico y emocional". En el preámbulo de la Organización Mundial de la Salud (OMS) se afirma que "el beneficio de gozar de elevados niveles de salud "es uno de los derechos fundamentales de cada ser "humano, sin distinción de raza, religión, credo político, condición social o económica"¹⁵⁰.-

Se encuentran en juego derechos humanos, "aquellas facultades que los "sujetos adquieren no por el hecho de su "establecimiento por una norma estatal, sino en "virtud de un principio que trasciende al derecho positivo", y "son todos aquellos derechos "subjetivos cuyo título radica en la personalidad "de su sujeto o en algunas de las dimensiones "básicas del desenvolvimiento de esa

¹⁴⁹ Este derecho generó una resolución de excepción al sistema normativo en la Causa 95754 Reg. 288 - "Gonzalez Feliciano c/ Microomnibus Gral. San Martín s/ incidente de Verificación tardía" - CAMARA PRIMERA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE SAN ISIDRO (Buenos Aires) - SALA I - 18/05/2004.

¹⁵⁰ GIOVANNI BERLIGNER *Ética de la Salud*, Edit. Lugar, Consejo de Médicos de la Pcia. de Córdoba, 1996, p. 31, citado por HOOFT, Pedro F., in re "Navas, Leandro v. Instituto de Obra Médico Asistencial", LL-1991-D-77 y E.D. 144-225, citado en el fallo indicado en la nota anterior que venimos reproduciendo en el voto de Graciela Medina.

personalidad "y de los que se es titular, los reconozca o no el "ordenamiento jurídico y aun cuando éste los niegue"¹⁵¹, y que la comunidad nacional e internacional debe resguardar..

8. Falacia de supuestas leyes del mercado. Para profundizar en nuestra línea de pensamiento sobre la finalidad de los Estados y su preservación, deben hacerse algunas reflexiones en torno al mercado.

La facilidad de circulación de los capitales, la sensibilidad (incluso psicológica) de los inversores genera que las leyes de mercado no funcionen adecuadamente y que un mayor interés como "seguro" por el riesgo de incobrabilidad, no sea suficiente para mantener la estabilidad de ciertos financiadores. Los capitales de ahorro para préstamos tienden a concentrarse en ciertos paraísos fiscales o naciones que ofrecen "confiabilidad", y la impresión es que mientras exista tal universalización se intensificará esa concentración. Pero las zonas pauperizadas no podrán subsistir ante la continua erosión de su producto bruto nacional (ya menguado por sus problemas de desarrollo) por la transferencia de utilidades y pago de servicios de intereses cada vez más altos por ser más alta la tasa de "riesgo"¹⁵². Se impone una política organizada colectivamente para lograr la reducción de esos intereses¹⁵³. En trabajos de doctrina se considera la posibilidad de aplicar los principios de revisión contractual de cláusulas abusivas¹⁵⁴ o alteración de las circunstancias¹⁵⁵.

Advertíamos¹⁵⁶ sobre la declamación del mercado, que es abandonado por los grandes grupos económicos que influyeron en los Gobiernos para recibir, en cuestionables privatizaciones¹⁵⁷, los grandes servicios públicos, verdaderos monopolios de hecho que aseguran el consumo y ningún riesgo para esos grandes grupos de interés, resguardados en sus ganancias por disposiciones "contractuales" impuestas a través del Estado a sus ciudadanos-consumidores. Esto es una muestra de la cuestión. A la par, las técnicas de comercialización otorgando derechos de uso de patentes, franquicias, marcas, licencias, know how, etc., importan asegurarse ingresos al margen de las vicisitudes del mercado que quedan a cargo de las medianas y pequeñas empresas que "gozan" del

¹⁵¹ MASSINI CORREA, Carlos I. *Filosofía del derecho. El derecho y los derechos humanos*, Abeledo Perrot, B.As.,1994, p. 140.

¹⁵² Sobre las altas tasas de interés, de usura (aunque sea en términos éticos, que deben afrontarse en forma general y no en la discusión entre deudor y acreedor, es aportada por FORTE, Francesco *Debito Internazionale dell'America Latina. Origen y Desarrollo* pág.17 obra "IL DEBITO INTERNAZIONALE", cit..En similar sentido: Se ha sostenido que estos países se caracterizan por una demanda baja, que no es acompañada de ahorro ocioso, extremo indicador de una depresión estructural, y no cíclica; en consecuencia, las políticas de deuda pública son insostenibles a largo plazo, cfme. PEREZ AYALA, José Luis *La economía financiera pública*, Edit. de Derecho Reunidas, Madrid, 1990.

¹⁵³ Cfme. GARAVELLO, Oscar *Dell'economia alla politica economica del debito estero del P.V.S. L'efficacia della strategia di riduzione* pág. 59 libro "IL DEBITO INTERNAZIONALE" citado.

¹⁵⁴ Cfr. SANTARELLI, Umberto *Qualche considerazione sull'impraticabilita di clause normativa generali di favor debitoris e di divieto delle usure*", pág. 209 libro "IL DEBITO INTERNAZIONALE" citado.

¹⁵⁵ Cfme. DE LOS MOZOS, José Luis *La revisión contractual por alteración de las circunstancias en la doctrina y en la jurisprudencia españolas a la luz de los principios generales en derecho contractual*, pág. 165 "IL DEBITO INTERNAZIONALE", cit.. GANDOLFI, Alain *Réflexion sur la dette extérieure su tiers monde et le principe "pacta sun servanda"*, pag.181 libro "IL DEBITO INTERNAZIONALE" cit.; QUADRI, Enrico *Riferimento ad una moneta straniera. Mutamento delle circostanze e controllo dell'autonomia contrattuale in rapporti creditizi inessanti y paesi in via di sviluppo*" p. 197 en "IL DEBITO INTERNAZIONALE" cit.

¹⁵⁶ Trabajos citados en nota 6*.

¹⁵⁷ Parte de las relaciones espúreas sobre deuda externa se practicó con la aparente rebaja de precios, dependiendo de la capacidad de pago del país deudor, para que el inversionista que revirtiera de nuevo la obligación de pago al estado deudor mediante la participación en una empresa estatal o, adquiriendo divisas del mismo estado y utilizara los ingresos en inversiones (debt-equity-swaps). El sistema fue indebidamente empleado en el sistema de "privatizaciones" en la República Argentina, no significando ningún desarrollo económico, ni social, ni amortización de la deuda externa. En nto. *Realidad, Economía y Derecho* citado, pueden verse específicas referencias a estas situaciones.

beneficio del otorgamiento de esos derechos, y aún cuando esas empresas obtengan beneficios -no siempre-, la comunidad en donde operan se verá empobrecida por la salida de su circuito de los pagos de esas licencias por parte del concedido, franquiciado, licenciado, etc..

9. Sancionar a los gobernantes. No podemos pensar en que las comunidades internacionales atiendan las necesidades de pueblos carecientes si ellos mismos no juzgan a sus gobernantes por la forma y condiciones en que contrajeron los empréstitos.

Los Gobiernos intentan salvar al Estado (su Gobierno) y no a la Nación (el conjunto de ciudadanos), tratando de transferir los riesgos a los grupos con menos poder de oposición, a los que carecen de posibilidad de organizar grupos de presión (desde las sombras muchas veces¹⁵⁸), para influir sobre el dictado de esas normas¹⁵⁹. En ese esquema chocan o compiten dos fuerzas: la del Estado y las Empresas poderosas por una parte, y por la otra la de las pequeñas y medianas empresas, próxima a los ciudadanos sin poder¹⁶⁰. El crecimiento de los primeros grupos afecta la subsistencia de los segundos, pese a todos componer la Nación. Y si no hay una visión integral de la Nación como "empresa", el éxito del primer grupo puede ser efímero ante la destrucción del segundo, pues se comprometerá la existencia de la Nación misma, que afectará inmediatamente la subsistencia de ese primer grupo, particularmente en la macroempresa mundial.

Atendiendo a la causa de la deuda, en beneficio de un gobierno, en el llamado caso Tinoco, se falló que "...el banco sabía que ese dinero sería utilizado por el presidente saliente Tinoco, para su mantenimiento personal una vez refugiada en un país extranjero. No podía, por consiguiente, hacer responsable al Estado de Costa Rica por dinero entregado a Tinoco con esa finalidad. El dinero pagado al hermano, Secretario de Defensa y nombrado Embajador en Italia es el mismo caso; pagar salarios con cuatro años de adelanto es absurdo y extraordinario. Todas las circunstancias debían haber advertido al banco que también esta orden era por razones personales y no para fines legítimos de carácter oficial". El árbitro Taft rechazó la reclamación interpuesta, no admitiendo la responsabilidad del Estado.

El endeudamiento externo por encima de lo racional es parte de la expansión de la mundialización financiera para la colocación de los excesos prestables, ante la cada vez menor actividad productiva que acepte tasas depredadoras. Los gobiernos aceptan esas tasas para su propia subsistencia, sin pensar en la salud de la nación que administran. No se estructura un orden social, sólo se promete. Y la falta de recursos aparece generada, o por lo menos profundizada, por contraer deuda externa. Este parece ser el obstáculo para proyectar un orden social interno, que aparece impuesto por organismos internacionales sin atender a hechos sociales. Pero el razonamiento es falaz, sin orden social sustentable, sin Nación, sin comunidad unida por un plan, no hay posibilidad de pagar la deuda, permitiendo, sólo amortizaciones esporádicas, violentas sangrías que no palian el problema, sólo lo alargan.

Un argumento que recogemos del Prof. Mahlen de la Universidad Pompeu Fabra señala que "las empresas económicamente más poderosas utilicen el ardid del soborno transnacional sacrificando inclusive buena parte o la totalidad de sus beneficios esperados actuales con el fin de expulsar del

¹⁵⁸ Ntos. *La Economía del Derecho* en Revista LA LEY, Sección Actualidad p.2 y ss., Buenos Aires 18 de abril de 1989; *La Economía del Derecho, la realidad y la empresa bancaria* Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie II obras, No. 22 p.205 y ss.

¹⁵⁹ Cfr. AARON, Raymond citado por Anthony Lanyi, Jefe de la División de estudios sobre Países en desarrollo del F.M.I., en conferencia dictada en Bs. As., octubre de 1986; en referencia a los países endeudados y sus problemas sociales, al afirmar: "Son países donde el Estado construye a la Nación y no la Nación al Estado". -

¹⁶⁰ Sobre lo que abunda la comunicación de Olsen Ghirardi.

mercado a sus competidores y así obtener en el futuro una posición dominante o preferente”. Ello llevaría a considerar la necesidad de revisar el marco de legitimidad en que una determinada deuda externa fue contratada¹⁶¹.

En la crisis actual del endeudamiento externo existen responsabilidades compartidas de acreedores y deudores, respecto del cuantioso endeudamiento de los países en desarrollo.

Los estados deudores para tratar de no comprometer sus futuras posibilidades de nuevos y mayores compromisos financieros aceptan condiciones gravosas:

- Suelen aceptar que se les incluyera en la deuda externa, no solo la deuda pública sino también pasivos de personas privadas, físicas o ideales.

- Determinación unilateral de la elevación de las tasas de interés.

- Imposición de tratados que desnaturalizan hasta las leyes de mercado, creando economías cautivas, a las que se asignan los créditos bajo la única alternativa de utilizarlos tan solo para aquellos fines que conduzcan al rédito y ventajas más significativas para el inversionista concesionario de obra pública,

- Se genera una diferencia en los intercambios, con valor y fluencia fijados por los dominantes, que a su vez intentan determinar las reglas internas de cada país, a partir de las dominantes¹⁶².

- Se postula una internacionalización de normas y tribunales, con pérdida de la soberanía de los Estados, con evidente pérdida de libertad que no se configura en el caso de los países dominantes, que actúan a través de organizaciones que dominan en su beneficio y de las corporaciones que apoyan.

- Frecuente adopción de medidas proteccionistas—arancelarias y no arancelarias—, por los países industrializados, para preservar las producciones nacionales y la necesidad de equilibrar las balanzas de pagos, debido al desestímulo a la inversión productiva por la suba de las tasas de interés, en desmedro del comercio mundial.

Las causas del alto endeudamiento de los países en desarrollo, constituyen un claro ejemplo del abuso de posición dominante por parte de los acreedores, en unas imponiendo contratos leoninos, en otras condicionando las operaciones de crédito y en otras manejando arbitrariamente los términos de las operaciones, lo que constituye una grave infracción a la buena fe internacional, sancionada por la comunidad internacional y en especial por los países anglosajones.

IV - ¿QUÉ PUEDE OFRECER UN JURISTA?: desde su visión sólo señalar los antecedentes reseñados y formular algunas apreciaciones.

Dentro del marco que venimos desarrollando, ante el “default” de un país, debería permitir la posibilidad de *crear un tribunal internacional* para que resuelva el diferendo entre deudores y acreedores, a la manera de un proceso concursal. Aquí resulta apropiado profundizar en propuestas que se han hecho, hasta el momento muy genéricas; tales como que, ante la inexistencia de reglas internacionales en la materia, se ha propuesto aplicar el Título 11 (*Bankruptcy*), Capítulo 9

¹⁶¹ Recordamos considerar la sentencia dictada en la causa “Olmos, Alejandro s/denuncia”, Juz. Nac. Crim. y Corr. Fed. Nº 2, del 13/7/2000—, seguido por la crisis de la deuda ocurrida durante la presidencia de Raúl Alfonsín; lo acaecido en el período 1991/2001: renegociación (*securitization* y *collateralization*) de la deuda pública externa a través del llamado “Plan Brady”.

¹⁶² Conforme la tesis de Ghirardi en la comunicación precedente, y las actitudes del FMI y laudos del CIADI.

(*Adjustment of debts of a municipality*), del derecho federal norteamericano, que prevé la bancarrota de las municipalidades. El propio Fondo Monetario Internacional se encuentra estudiando la posibilidad, alternativa, de aplicar directamente el régimen de bancarrotas privadas (el referido Título 11, en su parte general).

Claro que la intervención de todo organismo o tribunal judicial o arbitral internacional no puede hacerlo sobre la base de las relaciones externas, sin conocer y atender los efectos que la resolución genera sobre el mismo Estado y particularmente sobre sus habitantes, o sea el *casus*.

De producirse la cesación de pago por parte de países deudores, podría producirse un efecto en cadena de los restantes, provocando una crisis global comparable a las peores ya conocidas por la historia de la economía mundial, Es por eso que propiciamos un *aggiornamento* del derecho público internacional e interno de los países miembros de la comunidad internacional, proporcionando instrumentos, instituciones, mecanismos de arbitraje o mediación por parte de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, que permitan una solución acordada con responsabilidades y riesgos compartidos por deudores y acreedores. Se anticiparía así a la crisis, menguando efectos que pueden ser catastróficos.

“Los hombres -son palabras de Santo Tomás¹⁶³- no podrían vivir juntos si no tuvieran confianza recíproca, es decir, si no manifestasen la verdad. La virtud de la veracidad da justamente al prójimo lo que es debido; observar un justo medio ente lo que debe ser expresado y el secreto que debe ser guardado, implica la honradez y la discreción. En justicia un hombre debe honestamente a otro la manifestación de la verdad”, y creemos que se nos escamotea la verdad.

Señala otro Académico argentino, el Dr. Augusto Mario Morello al hacer referencia al documento elaborado por el Consejo Permanente de Decanos de las Facultades de Derecho de Universidades Nacionales, “el análisis profundo de esos perfiles jurídicos los centraron los decanos respecto a: las prácticas utilizadas en la negociación y cálculo del monto de la deuda en coherencia con los principios generales del Derecho y los Derechos fundamentales de los pueblos; la posible contradicción de esas negociaciones con el bien común y las normas, criterios y estándares que condenan la usura, el enriquecimiento sin causa, el abuso del derecho y la onerosidad sobreviniente, la ruptura de la equivalencia de las prestaciones, el principio de la buena fe, la finalidad objetiva del contrato, la lesión, la equidad, la falta de causa, el favor *debitoris* (en resguardo del deudor en los límites de la obligación legítima y justa), el beneficio de competencia y la solución jurídica de la cuestión.” Todos ellos demuestran la falta de solidaridad y equidad en la relación crediticia, atentando fundamentalmente contra el Derecho al desarrollo de las Naciones¹⁶⁴.

1. Economía global y mundialización financiera.

¿Cuales son las reglas de una economía global?: La de fomentar la economía productiva también en los países periféricos, para su propio mercado y la exportación No es advertible que ello sea sustentado por las grandes potencias, a veces ni por los propios gobernantes de esos países periféricos.

Los países del primer mundo tratan de salvarse del desastre que crearon, pero no lo hacen solidariamente al imponer leyes en los países subdesarrollados que facilitan la transferencia de *royalties*, utilidades, aumento de tasas de interés.

¹⁶³ *Suma Teológica*, 2-2,109.

¹⁶⁴ Este autor formaliza otras consideraciones en *La deuda pública externa*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe 2002.

La liberalización financiera “ha contribuido significativamente a la polarización social que la marcado a la Centro América de los años 90... se ha reducido el acceso al crédito de muchos pequeños productores... muestra un cambio muy notable en los 90, con un desplazamiento desde la producción hacia el comercio... y con la necesidad de conseguir financiamiento externo”¹⁶⁵.

Para imponer el estado de cosas que resultan del “pensamiento único” que imperó en nuestro país en la década de los 90, pero que sigue afectando otros países que recién ahora inician ese proceso –República Dominicana y otros países de Centro América, India-, “las empresas transnacionales y los gobiernos de los países centrales han creado un marco de regulación: el Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI)”¹⁶⁶. Esa organización persigue como objetivo asegurar los derechos de los capitales internacionales en cualquier país, y sin ser aprobado formalmente protege veladamente la circulación financiera mundial, derribando barreras a la inversión, en procura de un mercado financiero mundial, cuestionando las formas soberanas de controlar ese flujo, constituyendo un “acuerdo sobre los derechos de los inversores” dentro de las pautas que venimos refiriendo. Ha sido definido como un acuerdo para “sellar a los países en acuerdos que con el tiempo estrecharán cada vez más la esfera pública, transfiriendo poder a las estructuras internacionales. Potenciará las alianzas entre corporaciones para administrar la producción y el comercio, confiando a los Estados poderosos que se encarguen de mantener el sistema a la vez que socializan los costos y riesgos de las corporaciones transnacionales radicadas en sus países”¹⁶⁷. Ese efecto ha sido claramente advertido en como las compañías petroleras y gasíferas enfrentaron al gobierno argentino en la crisis energética advertida públicamente en el 2003 y destinada al aumento tarifario, como el de otros servicios públicos, sin preocupación alguna por la profundización de la sectorización social, que rompe incluso con toda política capitalista nacional.

Para entender nuestro razonamiento debe admitirse que no existe una globalización económica, sino una globalización financiera que intenta hacer pensar que lo financiero es capaz de generar riqueza por sí misma, destruyendo expectativas en mercados bursátiles (World Com, Emron, son ejemplos) y destruyendo puestos de trabajos. Se entiende falsamente que la actividad productiva es de riesgo y la inversión financiera es segura, permitiéndonos apuntar que en este momento es la actividad de más riesgo el abandonar a la actividad productiva, única que puede generar riqueza y justificar la ganancia que puede tomar el apoyo financiero a aquella actividad.

La política financiera de un país esta indisolublemente ligada a la deuda externa. La “globalización financiera” reclama dos bases: una la inconvertibilidad de la moneda en que había sido contraída la deuda y la otra la libre traslación de capitales, claro que la libre traslación de capitales de por sí ya genera un daño Debe recordarse que Soros pidió que se aplicara la tasa Tobin -recomendada por el premio Nobel de la Paz el economista Tobin- como un impuesto mundial a los capitales golondrinas para atender los daños que el traslado de esos capitales generaba normalmente en las economías emergentes. Keynes¹⁶⁸ ya había sugerido en 1936 que un impuesto sobre las transacciones financieras daría un peso creciente a los operadores “fundamentalistas” y reduciría la importancia de la especulación. Si se considera que los mercados no pueden autorregularse –como lo creemos mientras opere una mundialización financiera y no económica-, parece necesario implementar control y una reglamentación prudentemente restrictiva.

¹⁶⁵ EVANS, Trevor: *Liberalización financiera y capital bancario en Centro América* Ed. Crica, 1998, Managua, págs. 100/101.

¹⁶⁶ GIRARDI, Enzo *Golpe de mercado en la India* Editorial de La Voz del Interior 5 junio de 2004, Córdoba, Sec. A p.12.

¹⁶⁷ GIRARDI, publ. cit. y CHOMSKY, Noam *El beneficio es lo que cuenta* Ed. Crítica, Barcelona 2000, pág. 33.

¹⁶⁸ CHESNAIS, Francois *Mundialización financiera*, Editorial Losada, Buenos Aires 1999, señalada como 1ª. Edición agosto 2001. 346 páginas en 8 capítulos. Traducción al castellano de la edición francesa de Mabel Campagnoli y Lucía Vera. Con primera edición en francés en 1995 e introducción para edición citada, del año 1998 del mismo Director, p. 157

En torno a ello explica Chesnais¹⁶⁹ que la extensión internacional de una situación de recesión profunda desde un polo hasta el resto del mundo, y la transformación progresiva de una crisis regional en crisis mundial, proceden de los tres grandes mecanismos de propagación internacional. El primer mecanismo se sitúa en el nivel de la caída de la producción y de los intercambios, y la caída del nivel de actividad industrial y comercial... El segundo mecanismo de contagio mundial pasa por las largas y complicadas cadenas de créditos y deudas bancarias, resultantes de préstamos otorgados por los bancos internacionales. Por último, la liberalización y la desregulación financiera, las incesantes innovaciones financieras y el crecimiento de la todopoderosa ideología del "mercado que siempre tiene razón", han dado a la "economía del endeudamiento" un auge sin igual, al mismo tiempo que hacen prácticamente imposible el seguimiento y evaluación de las autoridades monetarias.

Supone la destrucción no sólo de millones de empleos, sino de sistemas sociales de producción enteros¹⁷⁰: "Destrucción permitida por la sumisión del progreso técnico a las señales más acotadas de la ganancia, por la total libertad de movimiento otorgada al capital y por la puesta en competencia de formas de producción social que no tienen la misma finalidad: maximizar la ganancia, por un lado; asegurar las condiciones de la reproducción social de comunidades de campesinos, de pescadores o de artesanos por otro.- Entre los apologistas de la "mundialización feliz" ha sido de buen tono celebrar la "victoria del consumidor sobre el productor", así como la "revancha de los prestamistas".

Es un error, sostenido durante años, tomar como variante de ajuste el valor del trabajo como variable económica, sin pensar en los costos de los servicios y en la afectación que una pauperización del salario y la desocupación traerán sobre el mercado interno, a la postre sobre la producción y la devastación interna del país, aunque se produzca un alza en ciertos indicadores económicos, que a la postre generarán la inseguridad jurídica y física interna, la emigración de los capitales externos e internos a paraísos fiscales, como producto de la globalización financiera.

De persistir esta situación, se podrán distinguir en el mundo, desde la perspectiva económica, dos zonas perfectamente diferenciadas: una, la zona capitalizada, rica, afectada por la imposibilidad de recuperar los capitales prestados (con posible riesgo para su estabilidad financiera) o directamente por no poder prestarlos. Otra, "extra zona" no podrá subsistir ante la continua erosión de su producto bruto nacional (ya menguado por sus problemas de desarrollo) por la: transferencia de utilidades (por falta de inversión interna en investigación científica y tecnológica) y pago de servicios de intereses cada vez más altos por ser más alta la tasa de "riesgo"¹⁷¹, y evasión de capitales internos.

La agresión económica deberá ser considerada como una ruptura del pacto social, como una falta ética para recomponer un método de mercado por un método de empresa, donde todos los componentes son valorados y, en particular, el elemento personal, con el correlativo ético de actuar de buena fe en la administración de cada "empresa", privada o pública, grupal como nación¹⁷².

¹⁶⁹ En *La Mundialización* cit. en la Introducción para la edición argentina por el Director Francois Chesnais.

¹⁷⁰ En la referida introducción a la edición en castellano.

¹⁷¹ Se ha sostenido que estos países se caracterizan por una demanda baja, que no es acompañada de ahorro ocioso, extremo indicador de una depresión estructural, y no cíclica; en consecuencia, las políticas de deuda pública son insostenibles a largo plazo: PEREZ AYALA, José Luis *La economía financiera pública*, Edit. de Derecho Reunidas, Madrid, 1990.

¹⁷² Nto. *El "Buen Hombre de Negocios" y El "Plan de Empresa en Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, t. V p. 337.

2. El complot. El voto del Ministro Zaffaroni en el caso Bustos, donde a fines del año 2004 la CSJN de la República Argentina considero constitucional la pesificación de los depósitos bancarios, en moneda extranjera, es consciente de la posible existencia de un complot y ante ello ordena una investigación: “En efecto, una ley que asegura esa intangibilidad casi en vísperas del agotamiento de un proceso traducido en insolvencia y cuya situación no podía ser desconocida para los técnicos que intervenían, aunque la desconocieran los legos en materia económica, se aproxima mucho a la preparación de una defraudación de proporciones colosales.... Algunos observadores importantes de la economía mundial, como Joseph Stiglitz, señalan maniobras financieras internacionales en perjuicio de otros países que presentan características que parecen bastante similares. Por cierto, que esta circunstancia, de cuyas consecuencias en parte debe hacerse cargo la presente sentencia, no puede pasar por alto a la atención de esta Corte. Por ello, corresponde extraer testimonio de la presente sentencia y remitirlo al Sr. Procurador General, para que en su ámbito y con el equipo técnico idóneo, proceda a investigar la eventual responsabilidad penal de los técnicos que intervinieron en el proceso productor del estado de necesidad mencionado y en especial en la citada ley, quienes no podían ignorar la situación y contexto en que la misma se sancionaba. Sería inadmisibles que los tribunales sometiesen a juicio al estafador que vende al incauto una máquina de fabricar dólares y que no se pusiese en movimiento frente a quienes pretendieron venderle el ingenio a toda la sociedad argentina”.

En el marco de los efectos jurídicos de la deuda externa, o de su incumplimiento, los catastróficos sucesos de fines del año 2001 en la República Argentina a que hace referencia el voto precedente, nos llevan a recordar lo acaecido en el decenio anterior y los estudios de Juan Bautista Alberdi, advirtiendo que el fenómeno se repite. El padre de la Constitución marcaba el período decenal que empieza con euforia y termina con espanto a partir de contraer empréstitos soberanos¹⁷³: “...no puede dejar de ser causa de crisis, es decir, de empobrecimiento para el país. Pero este efecto es lo que más dista de producirse el día que el empréstito se realiza. Todo lo contrario. Ese día rebosa el oro ajeno por todas partes en el país. Todo respira abundancia, bienestar, felicidad, mientras se gasta ese dinero, desde luego en el pago anticipado de algunos años de intereses, lo cual levanta el valor de los títulos en la Bolsa de Londres, y estimula al comercio a enviar manufacturas para comprar ese mismo dinero en el país deudor; a los trabajadores, a emigrar para tal país en busca de los altos salarios que allí paga el dinero ajeno. Todo es fiesta y lujo y opulencia, mientras se gasta de tal modo el dinero del extranjero, tomado a préstamo. Sin embargo, son los momentos en que se está labrando la pobreza o destrucción del capital ajeno, que sólo se hace sentir años después que ha desaparecido el capital....¿Quién es el que piensa que en esos momentos cabalmente se está elaborando la pobreza general llamada crisis, que hará su aparición fatal, lógica, inevitable, algunos años más tarde; es decir cuando se haya consumido del todo el caudal tomado a préstamo y sólo quede, del empréstito, la obligación de pagar sus intereses con la mitad del rédito anual del Erario público? – Y, sin embargo, ese es el hecho de que nadie se acuerda cuando llega el día en que sus efectos naturales cubren de luto, de ruina y de lagrimas al país entero...”.

Casi 150 años después, en *La Mundialización Financiera. Génesis, costo y desafíos*¹⁷⁴ se sostiene en la *Introducción para la edición argentina* por su Director Francois Chesnais, profesor de París XIII, refiriéndose a la crisis de los tigres de Malasia en el 1997: “Son crisis que nos colocan en un tipo de situación potencialmente amenazadora para muchas otras economías, incluso la Argentina. En cada

¹⁷³ ALBERDI, Juan Bautista en “ESTUDIOS ECONOMICOS” t. X p. 121 Ed. Viracocha, Bs. Aires 1954.

¹⁷⁴ Conf. CHESNAIS, ob. cit. y ntos. *La Mundialización financiera; Globalización económica y lex mercatoria; El humanismo económico, la crisis argentina y la mundialización financiera*, en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

uno de los países involucrados, entre julio y setiembre de 1998, las crisis se desarrollaron de acuerdo con un guión casi idéntico. Comenzaron con una devaluación de la moneda local, que se había tornado inevitable a causa del déficit comercial cada vez más elevado, pero cuya gravedad se debe al hecho de que supone una ruptura de su anclaje con el dólar. Esa decisión, inevitable por la amplitud del déficit externo, 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.

Se ha producido en los últimos años, aquello de lo que prevenía Alberdi en el Siglo XIX respecto a la toma de empréstitos externos: la destrucción de la economía, de la producción y el advenimiento del desempleo y la pobreza¹⁷⁵.

De continuar las partes involucradas con esta actitud, anticipamos resultados apocalípticos y paradójicos, desde el punto de vista político-económico, las soluciones, siempre coyunturales y urgentes, continuarán con las transferencias de recursos de los países endeudados y pobres a los más ricos y capitalizados, todo en pos de una solución económico política-eficiente; los gobiernos de los países deudores solo se ocuparán de salvar obstáculos económicos inmediatos, a partir de la creación de un sin número de leyes, muchas de ellas respondiendo a grupos de presión o a meras necesidades electorales y no a las necesidades de la realidad social, que lejos de permitir el crecimiento económico y el consiguiente desarrollo económico-social, solo crean una gran inseguridad jurídica, que detendrá la inversión, y el mismo desarrollo que se pretende lograr.

¿Pretendemos grandes acumulaciones enfrentando masas empobrecidas y hambrientas? Si no se hace por solidaridad debe afrontarse por seguridad. No hay duda que aquí se desenvuelve la hipótesis de un complot, de personas que “intervinieron en el proceso productor del estado de necesidad mencionado”¹⁷⁶. Recordemos una carta de nuestro Libertador Dn. José de San Martín “¿qué relaciones podremos emprender, cuando estamos a pupilo? ... Ánimo, que para los hombres de coraje se han hecho las empresas... ¿ Se podrán realizar o no contrastando el egoísmo de los más pudientes?”¹⁷⁷.

El terrorismo encuentra su caldo de cultivo en la miseria. Con sólo 60 mil millones de dólares se podría proveer de alimentación, salud y educación básica a todos los menesterosos del mundo (los que viven con menos de un dólar por día¹⁷⁸). Y justamente eso es lo que tenemos que asegurar que cada Estado cumpla con sus habitantes.

3. Actitud de los países en dificultades. Ante los antecedentes referidos parecería conveniente que los países que se encuentren impedidos de cumplir sus fines y funciones, con riesgo para su población frente a la deuda externa, deberían instruir a sus órganos ante la Asamblea General de

¹⁷⁵ Sobre el punto puede verse TOUSSAINT, Eric *La bolsa o la vida. Las finanzas contra los pueblos*, Ed. Clacso, Buenos Aires noviembre 2003, traducción de Miguel Angel Djanikian; LOZADA, Salvador María *La deuda externa y el desguace del Estado nacional*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002.

¹⁷⁶ Nto. *Pesificación de los depósitos bancarios: ¿responsabilidad de los bancos? (la denuncia de Zaffaroni y su relación con tía Rosa y su amigo Pedro* en El Derecho diario del 7 de marzo de 2005, pág. 1 y ss. Sobre la previsibilidad de los resultados catastróficos puede verse SALBUCHI, Adrián *Argentina ¿Colonia financiera?* Ediciones del Copista, Córdoba 2000; GALASSO, Norberto *De la Banca Baring al FMI. Historia de la deuda externa Argentina* Ed. Colihue, Buenos Aires diciembre 2002; libro colectivo *La memoria de la deuda. Una deuda con la memoria*, Director Carlos Juliá, Ed. Biblos.

¹⁷⁷ PIGNA, Felipe *Las vicisitudes de la independencia política* en La Voz del Interior, Córdoba 4 de julio de 2004, sección Temas pág. 1 y ss., específicamente pág. 2 tercera columna, para seguir en pág. 3, 4ª columna: “El nuevo Estado, dominado desde estos momentos fundacionales por una clase propietaria parasitaria, dificultará el progreso de una de las nacionales potencialmente más ricas del mundo”.

¹⁷⁸ Esta sería para Kurgman la mejor vía de solución: TREBER, Salvador *Paul Krugman, premio Príncipe de Asturias* en La Voz del Interior, Córdoba 3 de julio de 2004, editorial pág. A 12.

las Naciones Unidas (conjuntamente con otros países miembros, generalizando el problema, involucrando a países de América Latina, África y Asia) a fin de que a través de un Proyecto de Resolución se pida a la Corte Internacional de Justicia de La Haya una opinión consultiva sobre los aspectos jurídicos internacionales de la deuda externa (art. 96 de la Carta de la ONU y arts. 38, 65 y 68 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia)¹⁷⁹.

De producirse tal petición, es posible que las potencias acreedoras sostengan que la Corte no tiene competencia para formular su dictamen por tratarse de una controversia entre Estados acreedores y Estados deudores, señalando que los Estados acreedores no habrían dado su consentimiento a que la Corte se expida. Se aduciría seguramente que el procedimiento consultivo no puede ser utilizado como medio para eludir ese requisito del consentimiento de los Estados demandados que constituye la base de la jurisdicción de la Corte.

Ante tal posibilidad, recordamos que existe un dictamen que emitió la Corte, a raíz de la prisión del cardenal Mindsenty que suponía la negación de derechos humanos en Rumania, Hungría y Bulgaria. Los Estados se negaron a presentarse ante la Corte y suministrarle información. Ante esa actitud, sostuvieron los países firmantes del tratado de paz, las grandes potencias, que la divergencia existente no debe ser obstáculo a un pronunciamiento de la Corte. La Corte recurrió en ese caso al método de las distinciones, característico de la jurisprudencia anglosajona para eludir precedentes que no se desea seguir, dictaminando “el consentimiento de los Estados partes de la disputa es la base de la jurisdicción de la Corte en los casos contenciosos. La situación es diferente con respecto a los procedimientos consultivos aun cuando la petición de opinión se relacione con una cuestión jurídica actualmente pendiente entre Estados. La respuesta de la Corte tiene sólo carácter asesor y como tal no tiene fuerza obligatoria, de aquí se sigue que ningún Estado, sea o no miembro de las naciones Unidas, puede impedir que se emita una opinión consultiva que las Naciones Unidas consideran deseable a fin de ilustrarse sobre el curso de las acciones que hay que emprender. La opinión de la Corte no se da a los Estados, sino al que tiene derecho a solicitarlo.

La Corte fue categórica al afirmar su competencia para ejercer su jurisdicción consultiva, proclamando que ella no depende del consentimiento de los Estados interesados. Sostuvo inequívocamente que aunque el pedido se relacione con una controversia de orden jurídico todavía pendiente, ningún Estado puede, al rehusar su consentimiento, tornar a la Corte incompetente para ejercer su jurisdicción consultiva¹⁸⁰.

Ello debería servir a fin de invocar, al margen de otros aspectos de la relación crediticia, la violación de los derechos humanos, ya no tan solo los de tercera generación o de la solidaridad – derecho del desarrollo, derecho al medio ambiente, derecho de la propiedad sobre el patrimonio común de la humanidad, el derecho a comunicarse y el derecho a la paz– también los de segunda generación– económicos, culturales y sociales y los de primera generación –derechos políticos y civiles-, el derecho a la salud, a la alimentación, a la educación, a la seguridad social. Estos han sido difundidos por la ONU, UNESCO y organizaciones no gubernamentales a través de seminarios internacionales y sido reconocidos en las resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos, del Consejo Económico y Social y de la Asamblea General de la ONU.

La comisión de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha reconocido “que la deuda externa constituye uno de los obstáculos principales que impiden, a los países en crecimiento, el goce efectivo de su derecho al desarrollo, alertando al respecto, que las políticas de ajuste

¹⁷⁹ En el caso de la República Argentina Proyecto de ley presentado por el diputado Allende, en 1999, sobre la base de resolución aprobada por unanimidad en 1996 por la Cámara de Diputados de la Nación.

¹⁸⁰ Eduardo Jiménez de Aréchaga – Solicitud de un dictamen consultivo.

estructural tienen graves repercusiones para la capacidad de los países en desarrollo”, ateniéndose a “la Declaración sobre el Desarrollo y de formular los derechos económicos, sociales y culturales de sus ciudadanos”. “...la solución definitiva al problema de la deuda externa se encuentra en el establecimiento de un orden económico internacional justo y equitativo, que garantice a los países en desarrollo, entre otras cosas, unas mejores condiciones de mercado y precios a los productos básicos, la estabilización de los tipos de cambio y de interés y un acceso más fácil tanto a los mercados financieros, como a la tecnología de los países desarrollados”...“Las necesidades del crecimiento y el ejercicio de los derechos comunes desde el empleo, educación, salud y medio ambiente, no pueden subordinarse a la aplicación de políticas de ajuste estructural y reformas económicas originadas por la deuda”¹⁸¹.

V – MEDITACIONES FINALES.

1. Accesoriedad de lo financiero. Hay una subversión axiológica, se han alterado los valores de la economía. El problema es de una gravedad tan inusitada, que obliga a poner en claro los conceptos, de lo económico y jurídico. Lo financiero, accesorio, ha ocupado el centro de la escena desplazando lo principal: la actividad económica productiva. La Economía es la Ciencia de la creación de riqueza y de su distribución; lo financiero representa una parte accesorio. Es correcto que lo financiero obtenga una parte de la ganancia del sector productivo al que apoya. Pero lo único que genera riqueza es el sistema productivo y de distribución. Cuando lo financiero toma toda la utilidad ahoga a lo productivo, aumenta el riesgo operativo por lo que cobra más intereses asfixiando al resto del sistema capitalista y llevando en su seno la autodestrucción.

Si no vuelven las inversiones a lo productivo, no sólo va a haber más desocupación y quiebras, sino también se va a comenzar a perder grandes porciones de lo que la gente supone tiene invertido, sea en un fideicomiso, en un fondo común de inversión, en títulos derivados o en un banco. Ahora el inversor se siente seguro, porque no tiene dinero en un banco argentino sino en un banco extranjero. Claro que no quieren ver lo que son ciertos Bancos del exterior, particularmente los asentados en paraísos fiscales: sólo son placas en un viejo edificio de oficinas, atendido por poco personal con buen sistema de computación y donde no existe ningún tesoro en el que puedan encontrar sus ahorros. Es la típica banca llamada eufemísticamente “*off shore*”, que realizan un ilícito *indirect doing business*.

La mundialización financiera generó un exceso de recursos prestables y pocos proyectos de producción que son los únicos que generan riquezas. La gente no invierte en actividades de riesgo, productivas, por el canto de sirena de invertir en “productos” financieros que no crean riqueza.

De futuro deberíamos postular que sólo se prestara internacionalmente para proyectos productivos, para no satisfacer necesidades políticas de un gobierno sino las de un país.

Ante ese exceso de dinero, sólo se debería prestar en negocios en participación, para que los grandes inversores ideen proyectos en beneficio de un país o colaboren con el proyecto y cobren de acuerdo al éxito real del proyecto.

2. Recomendación. Los capitales destinados a deuda pública deberían cumplir, en el futuro, con ciertos requisitos y aplicarse con ciertas técnicas jurídicas: a. en primer lugar los colocadores de deuda deben informar adecuadamente, en cuanto cobrar por ello, de los riesgos a los inversionistas, de no asumirán responsabilidad; b. en segundo lugar no debería reconocerse como deuda pública

¹⁸¹ Resolución del 23-4-99, N° 1999/22.

soberana las sumas que estuvieran dirigidas a paliar déficits presupuestarios y no a desarrollar obras o satisfacer emergencias derivadas de desastres (que en realidad deberían cubrirse por ayuda humanitaria); c. con tal sentido las inversiones deberían localizarse como con riesgo para desarrollar ciertas empresas y actividades, apoyando siempre a la producción y –asumiendo un riesgo específico- obtener una utilidad por ello.

Una solicitud de renegociación o de nuevos créditos en términos favorables, con base en los fundamentos anteriores, deberá contener la exigencia de garantizar la distribución proporcionada de los riesgos. La población de un estado deudor constituye también en este sentido una comunidad solidaria, que se debe imputar en cierta medida los errores cometidos por sus gobiernos, responsabilizándolos.

Por eso es que en lo interno de estos países debería reverse las obligaciones, responsabilidades y sanciones que le caben a los funcionarios que malversaren los fondos públicos o que negligentemente manejen el endeudamiento externo. ¿Cómo enfrentar este estado de cosas? ¿Cómo ordenar la realidad cruel y alinear la economía con el derecho? Así como los acreedores deben aceptar que un país deudor ofrezca quitas y esperas, el tratamiento a sus funcionarios debería ser similar al que propugnamos respecto a los administradores societarios desleales, por aplicación del art. 1112 C.C. Argentino¹⁸².

Correlativamente con ello, debe requerirse a la comunidad internacional que sancione a los intermediarios que colocaron en el mercado minorista títulos de la deuda pública argentina, cuyas posibilidades de ser atendidos en los plazos indicados y con los intereses prometidos era remota al más mínimo examen de la realidad presupuestaria argentina, para que ello no se repita.

3. Ante el estado actual del país, los fundamentos del caso SCB son fundamentales: El Estado no puede abandonar sus obligaciones básicas como tal en relación a la población. Y este es un punto central de análisis que debería conllevar el recuerdo de este Congreso por sus afirmaciones, en la utopía que tribunales internacionales o nacionales juzguen a gobernantes e intermediarios que actúen contra esas reglas.

Si bien no nos consideramos con fuerzas para introducir un cambio, parafraseamos a Shakespeare cuando le hacía decir a Hamlet una propuesta imposible: “¡El mundo está desquiciado!, ¡Vaya faena, haber nacido para tener que arreglarlo!”. Este es el desafío que formalizamos: tratar que un grupo desinteresado y de excelencia analice la cuestión desde la óptica del derecho, aportando las técnicas jurídicas que puedan utilizar los gobernantes, e instituciones internacionales, para el tratamiento de la deuda externa, para asegurar el cumplimiento correcto y no abusivo de los contratos, y al mismo tiempo formule planes de desarrollo futuro para toda la comunidad.

¹⁸² En la página electrónica de la Academia pueden verse nuestros numerosos trabajos sobre los deberes fiduciarios de los administradores de sociedades en insolvencia.

ANEXO IV:

EL CONTRADERECHO. (EL ABUSO Y EL FRAUDE EN LA HOMOLOGACION DE ACUERDOS CONCURSALES PROPUESTOS POR SOCIEDADES COMERCIALES CON QUITAS) - Efraín Hugo RICHARD¹⁸³ - Juan Carlos VEIGA¹⁸⁴ - Publicado en Pensar en Derecho, Nro. 5 Año 3, pág. 257, Buenos Aires, Febrero 2015. Ed. Eudeba, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

Abstract: Al concursarse sociedades comerciales, asesores y administradores omiten la aplicación de principios generales del derecho público y privado, y específicamente las normas societarias para afrontar crisis económico patrimoniales. Se analiza la ilegalidad de quitas a acreedores en procedimientos concursales de sociedades.

Palabras Claves: CRISIS SOCIETARIA – INSOLVENCIA – CONCURSOS – QUITAS

I – INTRODUCCIÓN.

Principios básicos de derecho se basan en la buena fe, evitar el daño o la continuidad de las acciones dañosas, en no abusar de derecho ni cometer fraude a la ley.

Conforme a ello, se aboga frente a las crisis patrimoniales de las personas jurídicas -particularmente de las sociedades comerciales- un abordaje inmediato de las mismas para evitar más daño a la propia sociedad, al mercado donde compite, a los socios y a terceros, en especial a los trabajadores. Se aborda ello a través de diversas acciones, particularmente las llamadas preconcursales. Pero sorprendentemente no se habla de las previsiones imperativas contenidas en la propia legislación societaria para impedir la insolvencia.

Correlativamente se intenta instalar la idea de que cualquier quita que se pueda imponer a los acreedores de una sociedad es lícita si se logran las mayorías de voluntades –incluso con la cuestionada participación de terceros-, generándose importantes trabajos que intentan encontrar pautas para la calificación de abusivos de los acuerdos con quitas y esperas.

Ante ello y a falta de análisis de este aspecto, debemos postular que los problemas de las crisis de sociedades son atendidos por la ley específica. Corresponde en las sociedades distinguir entre cesación de pagos e insolvencia. La primera se genera –entre otros supuestos- cuando el activo corriente es inferior al pasivo corriente. La segunda se corresponde con la falta de patrimonio neto, o sea con la pérdida del capital social.

¹⁸³ Director del Departamento de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y Profesor Emérito, Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por Universidad Nacional del Litoral, Doctor Honoris Causa por Universidades Nacional de Tucumán, Católica de Salta y Santo Tomás del Norte Argentino; Miembro de Número y Director del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba; Miembro Emérito del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, coordinador del Comité Académico y ex Vicepresidente Académico. CONEAU investigador categoría 1. Consultor externo de CONICET.

¹⁸⁴ Director del Instituto de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán, de la que es Profesor Titular por Concurso de Derecho Comercial y fue Decano. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Miembro Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Ex Rector de la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino. Ex Presidente del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Tucumán. Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comercial. CONEAU investigador Categoría 1.

II – LA CRISIS DE LAS SOCIEDADES. LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL.

La constatación de pérdida del capital social determina contablemente que los socios han perdido totalmente su inversión. La ley societaria les otorga la posibilidad de reintegrar o aumentar el capital social, evitando la liquidación. El apartarse de tales conductas importa generar responsabilidad a los administradores y a los socios (art. 99 LSA). Esto se integra a la llamada responsabilidad social empresaria, y el apartamiento aparece hoy como una violación al orden público, si se constata que la sociedad ha continuado su giro contaminando al mercado, perjudicando a los acreedores posteriores, comprometiendo la conservación de la empresa y el empleo. En tal supuesto, el intento de homologación de un acuerdo de quita implica un abuso de derecho para no asumir sus obligaciones los socios y enriquecerlos, con empobrecimiento de los acreedores y la posibilidad de un fraude a la ley de sociedades.

Se podría aceptar la quita frente a un empresario individual, pero difícilmente ante el concurso de una sociedad.

La necesaria integración del sistema concursal con el societario ante la crisis de las sociedades comerciales viene siendo reclamada por un sector calificado de la doctrina española y argentina. Es difícil pensar en exigir un sistema concursal eficiente si los administradores de las sociedades en crisis no han adoptado las medidas preventivas que pongan en resguardo el medio técnico organizativo que la legislación societaria ha puesto a su alcance.

III – ACTORES EN LAS CRISIS SOCIETARIAS.

Frente a situaciones de crisis de sociedades, Truffat, Barreiro y Lorente bien sostienen que la cuestión debe ser puesta a decisión de los socios. Pero a sabiendas los administradores omiten considerar la causal de pérdida del capital social –prácticamente la única que autorizaría una quita a los socios, presentando a la sociedad en concurso, obteniendo una mera ratificación por ellos de esa conducta violatoria de normas imperativas de la ley de sociedades, y luego presentan una propuesta de quita traspasando a los acreedores la obligación de los socios de reintegrar o capitalizar la sociedad.

Truffat, en el VIII Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (México DF, mayo de 2012) y ya antes en el V Congreso del mismo Instituto (Montepulciano, Italia 2009) sostuvo que “el derecho es un sistema complejo dentro del que se inserta el derecho concursal. Incluso el derecho concursal no se limita al proceso concursal –sea administrativo o judicial”. Formalizó, además una referencia fundamental al “esfuerzo compartido” sobre la asunción de los costos de la crisis.

Con la corrección de estas tres afirmaciones del distinguido colega, se abre, en la renovada agenda concursal y para las crisis societarias, un diálogo indispensable entre derecho societario y concursal. Se impone entonces, pensar el derecho en pos de articular soluciones.

Será necesario entonces señalar algunas consecuencias si en el concurso no se hubiera atendido la imperatividad de las normas societarias¹⁸⁵.

¹⁸⁵ RICHARD, E.H. “La empresa, su crisis y su conservación (meditaciones desde una visión nacional)” en *SUMMA CONCURSAL*, Buenos Aires 2012, Ed. Abeledo Perrot, tomo I pág. 543.

IV – CESACIÓN DE PAGOS E INSOLVENCIA.

La especialista en Sindicatura Concursal, Prof. Celina Mena¹⁸⁶, con una visión contable-económica, señala en relación a “cesación de pagos” e “insolvencia” que “no es lo mismo porque la insolvencia se manifiesta en el patrimonio; éste es el que no puede hacer frente al pasivo y el remedio en principio es liquidativo. La cesación de pagos es un problema financiero y económico. Este problema se manifiesta por la falta de capital de trabajo. Esto se puede revertir o agravar según la empresa sea viable o no, es decir de acuerdo a sus resultados.

Esa referencia a la teoría amplia (sobre la cesación de pagos) que sería a la que adhiere nuestra legislación concursal apunta a considerar la cesación de pagos como un estado del patrimonio que no es capaz de afrontar sus obligaciones en forma generalizada y permanente que se manifiesta a través de diversos hechos reveladores, entre ellos el incumplimiento, la venta a precio vil, el cierre del establecimiento, etc. y cualquier otro medio que demuestre o revele la incapacidad del deudor para hacer frente a sus obligaciones en forma generalizada y permanente en donde el incumplimiento es uno de los hechos reveladores, pero no es necesario que exista para que exista la cesación de pagos: “En definitiva la jurisprudencia y la doctrina no advierten una diferencia entre ambos conceptos y los usan indistintamente, sin embargo a nuestro entender, existe una diferencia importante adquiriendo un grado mayor de gravedad la insolvencia. El estado de cesación de pagos se refiere a la incapacidad de pagar en tiempo y forma y la insolvencia cuando además del estado de cesación de pagos, no hay patrimonio neto...”. Obviamente el último aspecto destacado por la distinguida profesional describe una causal de disolución: pérdida del capital social¹⁸⁷.

Casadio Martínez, con su doble perspectiva profesional, se refiere a esa cuestión: “Según Argeri, en cuanto al concepto de cesación de pagos, para una corriente de opinión es sinónimo de desequilibrio aritmético entre activo y pasivo patrimonial (Salvat, García Martínez, entre otros), mientras que hay quienes hacen hincapié en las cantidades y no en la imposibilidad de cancelar las obligaciones... Por su parte, Quintana Ferreyra realiza una amplia revisión de las concepciones de la doctrina y sostiene que –en su opinión- los términos cesación de pagos, insolvencia y quiebra económica son equivalentes...No obstante, otra línea jurisprudencial distinguió ambos conceptos, postulando que no cabe confundir cesación de pagos con insolvencia. Aquella constituye el fundamento para la declaración de quiebra pero no necesariamente implica que el deudor sea insolvente, entendiendo por tal un pasivo superior al activo...”¹⁸⁸. Marcando aspectos negativos del patrimonio social, la pérdida del capital social –insolvencia- y la cesación de pagos son dos situaciones diferenciables que se entrecruzan.

Cuando se exige que, en el informe general, en caso de sociedades, el síndico debe informar si los socios realizaron regularmente sus aportes, y si existe responsabilidad patrimonial que se les pueda imputar por su actuación en tal carácter estamos aludiendo a su responsabilidad por no haber dotado adecuadamente la sociedad que constituían, generando una nueva persona jurídica infrapatrimonializada para el cumplimiento de su objeto social. ¿O es que crearon un sujeto dañino para los terceros que contratarían, pues su patrimonio no era suficiente para cumplir las

¹⁸⁶ MENA, C. M. “Cesación de pagos vs. Insolvencia”, pág. 48 en libro colectivo “Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia”, Córdoba 2008, Ed. Lerner, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat – Marcelo Barreiro – Carlos Roberto Antoni Piossek – Ramón Vicente Nicastro

¹⁸⁷ RICHARD, E.H. “La empresa: su organización y crisis” en RDCO n° 253 marzo-abril 2012 p.407.

¹⁸⁸ CASADIO MARTÍNEZ, C. A. *Informes del síndico concursal*, Buenos Aires 2011, Ed. Astrea, págs. 170 y ss., correspondiendo la jurisprudencia citada corresponde a CNCom, Sala B 24.3.81 LL 1981-C-615.

obligaciones que contraerían, no existiendo ningún plan de negocios razonable para asumir tal “aventura”?

No se trata sólo de asegurar el aporte efectivamente comprometido, sino también el que era necesario para el normal desenvolvimiento de la sociedad y no perjudicar a terceros con una sociedad infrapatrimonializada, o sea comprometiendo aportes insuficientes para el cumplimiento del objeto social que ellos libremente habían fijado. Obviamente que ello constituye una causal de disolución que debió ser atendida en el caso de las sociedades concursadas.

Es fundamental que el Síndico se refiera a que previsiones adoptaron los administradores sociales desde que aparecieron dificultades, si las pusieron en conocimiento de los socios y que dispusieron éstos para cumplir con las normas imperativas de las sociedades en torno a causales de disolución, su remoción o iniciación inmediata de la etapa de liquidación, con las responsabilidades consiguientes, tales la pérdida del capital social, que genera la obligación de reintegrarlo.

Se trata, ni más ni menos, que el Síndico analice los balances y señale si la crisis era una mera cesación de pagos, por desbalance entre activos y pasivos corrientes, o si se había perdido el capital social, con patrimonio neto negativo. Y en este último supuesto si se convocó a los socios o estos tomaron conocimiento de ese estado patrimonial a fin de adoptar las soluciones previstas por el art. 96 LSC. En caso afirmativo el Síndico debería informar sobre los daños generados y las responsabilidades a tenor del art. 99 LSC.

Por lo que acabamos de determinar, “the best interest of creditors” o sea la apreciación de que es correcto aceptar una propuesta donde se ofreciera una quita inferior a la que se recibiría en la liquidación del acervo patrimonial parece correcta frente a la liquidación de un patrimonio individual, pero inaceptable en el caso de una sociedad, pues si ello ocurriera –salvo casos de desastres- se abrirían acciones de responsabilidad contra administradores y socios, pues la liquidación se debió iniciar cuando había desaparecido el capital social y por lo menos contablemente se podía satisfacer el 100% del pasivo. En este aspecto, la mera comparación – intentando aplicar la previsión del art. 52 2. iv) LCQ- de la propuesta apoyada por la mayoría y los montos de activo y pasivo señalados por el Síndico en el informe general (art. 39 2 y 3 LCQ) pueden llevar a equívoco. La comparación inicial debería ser frente a las manifestaciones e información de la sociedad concursada presentadas conforme requiere el art. 11 3. 4. y 5 LCQ. Una diferencia entre esta información y la brindada por el Síndico puede devenir de dos factores: una sobrevaluación del activo por parte de la deudora o un ocultamiento de pasivo. En estos casos se abrirían acciones de responsabilidad previstas en el art. 99 LSC y/o del art. 173 LCQ en caso de quiebra, sin descartar previsiones penales según el caso¹⁸⁹.

V – LOS ACUERDOS CONCURSALES Y LA QUITA A LOS CRÉDITOS.

Volvamos ahora sobre un aspecto substancial de la propuesta que el Juez debería considerar ab initio.

Primero respecto a la propuesta de quita en cualquier concurso. La quita no debería superar la tercera parte de los créditos –calculado el costo de las esperas- para no incurrir en la

¹⁸⁹ Una situación muy particular resultaría de un aumento del pasivo significativo, como obligaciones postconcursoales (que deberían integrar el informe del síndico art. 39 3 LCQ) que podría estar indicando la inviabilidad de la empresa, o también estar significando la pérdida del capital social, situación prevista en la legislación societaria, que no es absorbida por la situación de concurso.

confiscatoriedad del derecho de propiedad de los que no aceptaron la propuesta o los que no pudieron –por cuestiones procesales concursales- expresar su voluntad. Sobre el punto nos hemos expedido¹⁹⁰. De no mediar conformidad expresa no puede entenderse que por medio de un acuerdo concursal se pueda conculcar el derecho de propiedad de los acreedores que no adhieren a la propuesta de acuerdo o que no pueden expresar su opinión por el estado de la causa. Así también lo entendió el Juez Arcanó en “Villafañe, Juan Agustín s/ Concurso Preventivo, en Mendoza, el 10 de Julio de 2.008¹⁹¹, particularmente con las expresiones sobre la legalidad de la propuesta económica: “ha contrariado la finalidad económico-social del mismo que, en la especie, no está solamente dada por la conservación de la empresa como fuente de producción y trabajo, sino también por el logro de una finalidad satisfactiva del derecho de los acreedores, la cual naturalmente resulta negada cuando la pérdida que se les impone es claramente excesiva.” (“Arcángel Maggio SA p/Concurso Preventivo” Suplemento LL “Concursos y Quiebras” 24/04/2.007, pág.48 y ss.).- La propuesta presentada, tanto en su ínfimo porcentaje (10 %), como en el plazo de pago, el plazo de gracia, la indeterminación del comienzo del término y la falta de contabilización de intereses por el lapso de espera a que se somete el pago de los créditos, resulta en rigor una quita superior a la mera expresión de la merma prevista, una licuación total del pasivo y una clara afectación del derecho de propiedad de los acreedores. Un verdadero abuso del Derecho”¹⁹².

Lo fundamental es determinar que una quita y espera empobrece a acreedores quirografarios y enriquece directamente a socios de la sociedad concursada, rompiendo así la axiología jurídica y el valor justicia que tiende a asegurar el equilibrio en los repartos, justamente bien logrado en la última crisis, en las relaciones individuales al hacer soportar a ambas partes los efectos de las medidas económicas.

Y el análisis sobre la confiscatoriedad de la propuesta –y del acuerdo por mayoría, en su caso- debe formalizarse para asegurar el derecho constitucional de propiedad de los que no han prestado su conformidad, pero que sufrirán los efectos de ese acuerdo ilegal.

VI – LA QUITA EN LOS CONCURSOS DE SOCIEDADES COMO ABUSO.

Ahora pongamos un nuevo límite: el abuso de la quita en una propuesta de acuerdo por una sociedad.

“El concepto de abuso, como acción y efecto de abusar, es usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o de alguien (Real Academia Española “Diccionario de la Lengua Española”, 2.002). El Art.1.071 del C. Civil, luego de recordar que el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto, agrega “La Ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlo o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”. Como lo reafirma Lidia VAISER, el Art. 1.071 del C. Civil resulta, a no dudarlo, una norma fundamental en la restricción del abuso y un soporte monumental en el plano de todo conflicto jurídico, cualquiera fuere la esfera normativa que aborda en su núcleo central (“El

¹⁹⁰ Cfme. PALAZZO, J. L. – RICHARD, E. H. en “VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Rosario 2006, Tomo I pág. 715.

¹⁹¹ RICHARD, E. H. “Integración de la propuesta de acuerdo en concurso societario (en torno a reciente fallo señero)” en RDCO, jurisprudencia anotada, nº 234, Enero Febrero 2009, Ed. Abeledo Perrot, pag. 79.

¹⁹² Múltiples artículos en torno a la confiscatoriedad de los porcentajes de la Resolución nº 125/08 del 11 de marzo de 2008 del Ministro de Economía liberan de más comentarios de quitas tendientes a soslayar la capitalización de la sociedad, sencillo método societario para superar las crisis económico-financieras de la sociedad de la que son propietarios.

Abuso de Derecho en los Procesos Concursales” JA 2.003-IV- 1.328). A ello debe agregarse el contenido del art. 953 del C. Civil que sanciona con nulidad absoluta (art. 1044 C.C.) a este tipo de actos.

De constatarse en un balance social que existe patrimonio neto neutro o negativo, con su aprobación se ha acreditado la existencia de la causal de disolución de pérdida del capital social (art. 94 5° LSA) que impone la liquidación para preservar a los acreedores, que sólo puede ser evitada de reintegrar o aumentar el capital social (art. 96 LSA) y en apartamiento genera la responsabilidad de administradores y socios (art. 99 LSA).

En el caso el derecho de proponer quitas implica un real abuso de derecho frente a su obligación incumplida de reintegrar o aceptar la capitalización de la sociedad¹⁹³.

Y si no hubiera tal pérdida del capital social, a asumir por las previsiones de la ley societaria, sería un abuso de derecho pretender una quita, pues la crisis podría afrontarse con una mera espera difiriendo el pasivo corriente, hasta que pueda ser atendido por el activo corriente.

Con relación al fraude a la Ley, Adolfo Rouillon expresó: “Genéricamente, ella se refiere a cualquier acto o actividad enderezados a soslayar, contradecir o de cualquier modo burlar disposiciones imperativas” (“Régimen de Concursos y Quiebras” Ed. Astrea, 15° Ed., Pág.155). Y que los socios y administradores continúen el giro social habiendo perdido el capital social, sin reintegrarlo e incumpliendo así con una norma imperativa de la ley, intentando cubrir su personal obligación con quitas impuestas a los acreedores implica un claro fraude a la ley societaria.

Bastará advertir que no se adoptaron soluciones societarias, que no se afrontó la crisis oportunamente, que sólo se exige un sacrificio a los acreedores, para que la propuesta no pueda sea homologada, por abusiva¹⁹⁴ en fraude a la ley al haberse omitido las soluciones societarias. Allí se abrirá –pues estamos ensayando sobre sociedades- el proceso previsto en el art. 48 LCQ¹⁹⁵.

VII – CONCLUSIONES.

En conclusión, con lo expresado nos referimos específicamente a la resolución de homologación de la propuesta, tema clásico de la doctrina concursalista. Pero nos anticipamos a los contenidos habituales de las sentencias homologatorias.

Nos referimos a que la apreciación judicial debe versar en primer lugar sobre la existencia o no de propuesta en los términos de la ley, o sea que no bastará determinar la quita y espera pretendida –u otras variantes-, sino si la misma se encuentra debidamente integrada con el régimen de administración y el comité de control debidamente apoyado por los acreedores. En segundo lugar, si la propuesta integrada es imputable a la sociedad.

El tema de la abusividad es harina de otro costal que debería engarzarse inmediatamente después que el juzgador afronte las declaraciones precedentes.

¹⁹³ FIMMANO, F., “L’ allocazione efficiente dell’ impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci”, en Revista delle società, 2010, Milán 2010, Giuffe Editores, páginas 57 y siguientes.

¹⁹⁴ RICHARD, E. H. “Crisis de sociedades: Acuerdos concursales abusivos vs. Solución privada” en *SUMMA CONCURSAL*, Buenos Aires 2012, Ed. Abeledo Perrot, tomo II pág. 1945.

¹⁹⁵ La abusividad es calificada si para imponer la mayoría aparece un tercero adquirente de un crédito que se “despoja” de su derecho, que no aparece ningún elemento de seriedad –ni antes ni después de la apertura del concurso- para enfrentar la crisis, ni plan ni régimen de administración y disposición para cumplir el acuerdo, ni libros, ni conformación del comité de control.

El abuso de derecho y el fraude a la ley resultará claro cuando, en caso de sociedades, los administradores no hayan cumplido con las previsiones del derecho societario, trasladando el problema a la decisión de los socios y éstos no hubieren intentado superar la pérdida del capital social (conservación de la empresa), con desembolsos propios o invitando a los acreedores a compartir el riesgo –capitalización del pasivo art. 197 LS-, que en el concurso conllevan a integrar la propuesta.

Si ello no ha ocurrido, el Juez no puede dejar de ver que a través de la homologación ha empobrecido a los acreedores y ha enriquecido a los socios, que no realizaron el esfuerzo que les impone la ley societaria, ni afrontaron el esfuerzo compartido que imponen reglas de equidad y de repartos dikelógicos, usando del sistema jurídico y judicial –aparentemente disponible- para enriquecerse.

Por supuesto que estas apostillas son para la meditación, pues muchos las profundizarán y otros las cuestionarán. Pero ese es el método de construir un sistema jurídico y judicial más eficiente, particularmente respetando los criterios de equidad, justicia y esfuerzo compartido (absolute equity rule).

No hacerlo significaría afectar el orden público¹⁹⁶. Es acorde la jurisprudencia, siguiendo a prestigiosa doctrina, que el orden público es el "conjunto de principios eminentes a los cuales se vincula la digna subsistencia de una organización social establecida que no pueden ser alterados por la voluntad de los individuos" (c.c.: 21, conf. Llambías, J.J. "Tratado de derecho civil- Parte General", t. I, nros. 184, 195 y 197, pgs. 158, 163 y 197, ed. 1973).

Ha expresado Otaegui que hay una difundida opinión "consistente en que la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 (LSC) es de orden público o al menos de interés público. La naturaleza de orden público de la LSC es cuestionable partiendo del supuesto que el orden público es la base esencial de un estado plasmada en su constitución sea esta estatutaria o consuetudinaria. Así en nuestro caso hay un orden público prescripto en la Constitución en los llamados derechos constitucionales de primera generación o sean los derechos constitucionales generales (Constitución Parte Primera), a los que se sumaron los derechos constitucionales particulares de segunda generación o sean los derechos laborales (C. Nacional art. 14 bis) y los derechos constitucionales de tercera generación o sean los derechos sociales (C. Nacional arts. 41, 42). Los derechos constitucionales de primera generación son los atinentes a la libertad (CN arts. 14, 15), la propiedad (CN art. 17), la seguridad y la justicia (CN art. 18), y la vida (CN art. 33) sin él que los anteriores carecerían de razón de ser. ... No hay aquí mención alguna a un orden público societario, aunque las relaciones societarias si bien libradas a la autonomía de la voluntad, deben respetar al orden y la moral pública (Constitución Nacional art. 19) ... Es por esto que el C. Civil, base del C. de Comercio (C.Com. regla I, art, 207), pone los límites de sus arts. 21 y 953 entre otros....Hay por cierto un orden público laboral y un orden público social pero no hay un orden público societario" Pero en cuanto aparece comprometida la continuidad del giro empresario –objeto de la sociedad- aparece un orden público social: la conservación de la empresa por el efecto social y económico en la región, y la conservación del empleo, además de la afectación del derecho de propiedad con el intento de imponer quitas a los acreedores, enriqueciendo a los socios que intentan así sustituir su obligación de reintegro del capital social.

¹⁹⁶ La CNCom Sala E en sentencia del 12 de octubre de 2012 en "Achinelli, Alberto P. c/ Agropecuaria Los Molinos S.A. y otro" consideró violado el orden público societario por una violación de competencia del órgano de gobierno por el órgano de administración (Newsletter Derecho Comercial 11.03.2013, Abeledo Perrot).

El gran desafío para el derecho es mantener la empresa viable, con pleno empleo, asegurando la inclusión social, evitando mayor marginación sin que signifique afectar la competitividad ni dañar el mercado. Parece fundamental tener presente que el derecho concursal excede la interpretación de la ley concursal. Esta visión limitada impide afrontar el desafío de un derecho concursal eficiente. Cualquier reforma que margine el sistema jurídico y se reduzca al proceso concursal carecerá de todo sentido.

Y nuestro postulado es el de una visión integral del sistema jurídico. En materia de crisis societaria, aún en el caso de apertura de un concurso preventivo o de un acuerdo preventivo extrajudicial, no se puede prescindir de la aplicación de las normas imperativas de la ley societaria que fijan las obligaciones de administradores y socios para que un instrumento tan maravilloso de la organización, como es la constitución y funcionalidad de las sociedades, no se convierta en objeto riesgoso y peligroso como un automóvil a alta velocidad y sin conducción fiable.

BIBLIOGRAFÍA.

AAVV *Por un mejor Derecho Concursal*, 3 tomos, San Miguel de Tucumán 2012.

CASADIO MARTÍNEZ, Claudio *Informes del Síndico Concursal*, Ed. Astrea, Buenos Aires 2011.

DASSO, Ariel Ángel *Derecho Concursal Comparado*, Tomos 1 y 2, Ed. Legis, Buenos Aires 2009, Tomo III, Ed. Legis, Buenos Aires 2012.

ETCHEVERRY, Raúl - JUNYENT BAS, Francisco (Directores) *SUMMA CONCURSAL*, 5 tomos AAVV, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012.

ETCHEVERRY, Raúl – RICHARD, Efraín Hugo (Directores) *SUMMA SOCIETARIA*, 6 tomos AAVV, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012.

MARTORELL, Ernesto (Director) *Ley de Concursos y Quiebras comentada*, 5 tomos AAVV, Ed. La Ley, Buenos Aires, mayo 2012.

PULGAR EZQUERRA, Juana *Preconcurso y Acuerdos de Refinanciación. Adaptado a la ley 38/2011 del 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, Ed. LA LEY grupo Welters Kluger, Madrid julio 2012.

RICHARD, Efraín Hugo *Perspectiva del derecho de la insolvencia*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2010.

RICHARD, Efraín Hugo – MUIÑO, Orlando Manuel *Derecho Societario*, 2 tomos, Ed. Astrea, 2ª. Edición actualizada y ampliada, Buenos Aires 2007.

ANEXO V:

“DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS”¹⁹⁷ - Efraín Hugo RICHARD¹⁹⁸

DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS en un título en homenaje a Alessandro Nigro que en 2017 en Punta del Este expuso sobre “**Il «diritto societario della crisi»: una nuova frontiera?**” como pregunta, llevando a profundizar *una crescente attenzione da parte del legislatore e, di riflesso, da parte della dottrina*. Y que *l’espressione «diritto societario della crisi» si intende come “punti di intersezione” di questi due diritti*, lo que en la sesión de ayer fue claramente advertido en diversos abordos. Si, el derecho societario es una frontera, sus normas imperativas no pueden ser dejadas de lado por el proceso concursal, salvo expresa norma. Desde hace mucho distingo la crisis del patrimonio de una persona humana del de una persona jurídica, como lo hace la Comisión WINTER señalando que ante la crisis patrimonial de la primera el riesgo es de los acreedores, pero en una sociedad el riesgo es de los socios. Ahora lo afronto en limitado tiempo.

En este Congreso, internacional, intento alejarme de normas y de trámites procesales para centrarme en principios y criterios de la lógica formal, de la estructura tipológica de la sociedad y sus normas imperativas, con conductas congruentes de buena fe, y congruentemente lo hacemos desde la Facultad de Economía y Administración de la Universidad de Roma L’Sapienza, evitando normas que a veces por el excesivo intento regulatorio generan una prolija oscuridad. No excluyo preocupación sobre la enseñanza del derecho societario y el concursal en torno a la crisis de sociedades: es nuestra obligación pensar, y enseñar a pensar.

La perspectiva que comparto, es similar a principios de la Directiva Europea 2019/1023 expandiéndola a América, que conlleva limitar la judicialización, entendiendo que la mayoría de situaciones se superara con herramientas jurídicas disponibles, las empresas no viables sin perspectivas de supervivencia deberían liquidarse lo antes posible, favoreciendo la recuperación de empresas en crisis, que garantice los derechos tanto de acreedores como de deudores

La clave es el plan de empresa o negocios, mejor expresado en “plan de viabilidad” que ha motivado la atención de nuestro Presidente Aurelio Gurrea Chalé y también de Lidia Vaiser, centrado en la reestructuración, vinculado a alertas tempranas, pues *cuanto antes pueda detectar la sociedad sus dificultades financieras y tomar las medidas oportunas, mayor será la probabilidad de evitar una insolvencia inminente o más ordenado y eficiente será el procedimiento de liquidación*. Se advierte un deber de administradores, las previsiones de gobernanza: la obligación de activar prontamente un procedimiento preconcursal para evitar la insolvencia, en beneficio de la sociedad y, a la postre, de los socios y acreedores. Este deber asume la connotación de *la diligencia* que implica la correcta gestión de la sociedad –business judgement rule-, con el fin de prevenir la infrapatrimonialización y, por lo tanto, maximizar su valor para todos los *stakeholders*. Hemos escuchado al maestro Angel Rojo referirse al plan de reestructuración en la frontera del derecho

¹⁹⁷ Discurso en XVIII Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal “Público y Privado en la gestión de la crisis” en Universidad de Roma L’Sapienza 15. 16 – 17 de junio de 2022, a las 13 hs. del 16 de junio de 30 minutos, integrando las conferencias previstas de Angel Rojo, Luis Manuel Meján, Efraín Hugo Richard, Israel Creimer, Ana Belén Campuzano y Alessandro Nigro. Puede verse en www.acaderc.org.ar, página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

¹⁹⁸ Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba. Ex Vicepresidente Académico del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (sede México) organizador del Congreso, Miembro Emérito y actual Coordinador del Comité Académico.

societario, conforme a esa Directiva, y sus críticas por diferencias de traducción y el particular enfoque de su introducción en España.

La Directiva desplaza el eje de la disciplina de la relación deudor-acreedor a la relación empresa en crisis-partes interesadas, recompone prioridades, *debilitando* la posición de los socios para superar resistencias a operaciones de reestructuración, una verdadera frontera.

El desafío se ha convertido en predisponer herramientas negociales con una injerencia limitada o nula de la autoridad judicial, para reestructurar la masa deudora preservando las sociedades potencialmente útiles para mejor satisfacción de todos los intereses.

Es un problema metodológico. No se puede exigir eficiencia al sistema concursal si los administradores de la sociedad en crisis no han satisfecho las previsiones de las normas imperativas que resguardan el uso funcional del medio técnico organizativo. La tesis es que la crisis debe ser asumida por administradores y socios desde la normativa societaria.

El lema del Congreso “Público y privado en la solución de la crisis” lleva a insistir en el incremento de las técnicas societarias privadas y limitar la intervención pública del Juez.

Queda en claro que lo conservable es la empresa viable, en la sociedad que la contiene o en otra. Y la tutela pública y privada a ese interés conservativo no puede ser la protección de socios pues les otorgaría un privilegio sobre acreedores, violando reglas de prioridad. Tender a ultranza a mantener la empresa, si no es posible su viabilidad, puede ser sinónimo de proteger al empresario ineficiente o fraudulento, apunta Franceschelli, y no puede aceptarse un criterio pragmático de respaldo a ese empresario incapaz de autoprogramación. Un hipergarantismo trata de no advertir esas maniobras artificiosas, que Provinciali señaló como “ció que segna el confine tra fisiología e patología nella vita del patrimonio”.

Esa perspectiva superadora se encuentra en la normativa imperativa de la regulación de la sociedad, y la disponibilidad no imperativa del escudo concursal, no alterando la esencialidad que las pérdidas deben ser atendidas por socios. Esas normas no impiden concursarse, y sin cambiar su naturaleza sólo generar un escudo protector, evitando agresiones y facilitando la reorganización. La Recomendación I del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal del 2020 es clara en tal sentido.

Central, en lo privado, es el límite de la autonomía de la voluntad del sistema societario, acotado por normas imperativas que resguardan el uso de la técnica de organización personificada con el límite de no dañar. Los primeros artículos de cualquier ley de sociedades la tipifican en “realizar aportes generando un patrimonio para aplicarlo a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas”. O sea, generando un nuevo patrimonio, prenda común de sus acreedores.

Las alertas tempranas son naturales en esa organización. La contabilidad las ofrece detectando la cesación de pagos, y la insolvencia es también delineada como causal de disolución, y genéricamente como la imposibilidad de cumplir el objeto social, convergente con la idea de la conservación de la empresa viable, protegiendo todos los intereses, manteniendo el patrimonio en condiciones operativas. Usar del escudo concursal aparece como estrategia para asumir particularidades de la crisis.

Emilio Beltrán, recordado catedrático y Vice Presidente Académico del Instituto, calificó esa visión societaria como preconcursal, sosteniendo que para evitar que llegue al estado de insolvencia, el legislador estableció un mecanismo preventivo consistente en obligar a la sociedad a

disolverse o adoptar medidas sustitutorias de saneamiento cuando se produzcan pérdidas graves, amenazando con sanciones a administradores. Transfiriendo el sistema de preconcursalidad a la legislación societaria, sostuvo que “*parece razonable pensar que la quiebra de una sociedad debería convertirse en una institución residual, ya que el sistema preconcursal previsto debería ser suficiente para impedir la insolvencia*”.

La legislación societaria contiene previsiones imperativas para asumir esa crisis tempestivamente y a bajo coste, sin dañar. Franco Bonelli ante el supuesto de la continuación de la gestión social después de la pérdida del capital social, apuntaba a la responsabilidad de administradores por estar comprometida su diligencia.

En ese mismo sentido Karsten Schmidt afirmó “En la mayoría de los países del mundo muchas cuestiones de responsabilidad son tratadas como elementos del Derecho Concursal. En parte eso se basa en la observación correcta, que las cuestiones de responsabilidad entran en vigencia en los casos de insolvencia. La calificación de Derecho Concursal de las reglas de responsabilidad tiene razones más fenomenológicas que motivos sistemáticos de Derecho. En Alemania, donde prevalece el pensamiento sistemático en Derecho, la tendencia es la contraria: la mayoría de las cuestiones de responsabilidad son clasificadas como del Derecho Societario –no del Derecho Concursal-, aun si como parte actora comparece un síndico del concurso. En el año 2000, en el Segundo Congreso Iberoamericano –Córdoba- expuse ello. Los derechos y obligaciones de los cuales hablamos no resultan del procedimiento de insolvencia”. Comparto tales criterios.

Exponía Juana Pulgar que la preconcursalidad es hoy abordada como forma de paliar la ineficiencia de la legislación concursal, con más inmediatos resultados y menores costes económicos y sociales.

No puede pretenderse que las crisis de las sociedades sean resueltas integralmente por el Derecho Concursal, al estar prevenidas por normas imperativas del derecho societario, que actúan como sistema preconcursal, dejando a la concursal como remedio marginal, un escudo frente a ciertas situaciones, que a su vez limita la libertad empresarial, no conteniendo normas imperativas sino procedimentales.

¿Como aceptar que los socios shareholders intenten y logren traspasar su obligación de soportar las pérdidas, a los acreedores –salvo decisión individual o unánime de ellos- con reducciones o quitas que generan ganancia imponible, incluso generando distribución de utilidades? Ello implica una manifiesta violación de reglas de prioridad, la *absolute priority rule*. Los socios no pueden pasar de subordinados a acreedores privilegiados.

Busquemos entonces otros remedios en atención al interés de los stakeholders o sea a los sujetos con “intereses diversamente vinculados” a través de la conservación de la empresa: los trabajadores, los proveedores, los clientes, la comunidad nacional, el mercado en su conjunto, el Estado y los socios. Tales intereses gradúan, en mayor o menor medida, el giro y el contenido de las modernas legislaciones concursales, posibilitando relativizar prioridades.

Las soluciones societarias, extrajudiciales, confidenciales, con el plan de reorganización integran una nueva frontera al decir de Nigro.

Reitero la necesidad del plan de viabilidad. La acción de conservar la empresa debe estar a cargo de alguien y en el derecho societario lo es a cargo de los administradores, que deben transmitir los problemas y las posibles soluciones a los socios, y estos resolver, lo que Marcelo Barreiro confirmó ayer.

En protección de acreedores apunta Alfaro recientemente “En la tradición del Derecho alemán, la protección de los acreedores ostenta una posición paritaria junto a la protección del interés social. Como los acreedores permanecen fuera de la organización social en contraposición a los accionistas y tienen menos posibilidades de influir para proteger sus propios intereses, un Derecho como el alemán que pretende cohesionar dentro del Derecho de sociedades una serie de intereses plurales y a menudo divergentes, favorece una y otra vez a los acreedores. Los accionistas han de asegurarse de que en el patrimonio social hay en todo momento activos de valor contable suficiente para cubrir la totalidad de las deudas más la cifra de capital...es la prevención de la insolvencia”.

El uruguayo Olivera Amato recuerda: “Ambas disciplinas deben perseguir, desde una concepción integral del sistema jurídico, una armonización de sus sistemas normativos en orden a la tutela del crédito, a la anticipación de las crisis y a evitar su profundización y propagación”.

Las normas en el derecho comparado societario contienen alarmas específicas al margen de la debida contabilización y la producción anual de un balance y la Memoria prospectiva para información de los accionistas. Alarmas tempranas, que resultan de esa documentación, son recogidas como causales de disolución –aunque no necesariamente implican liquidación- derivadas de pérdidas porcentuales del capital social, como forma de indicar la infrapatrimonialización e insolvencia. Se acumulan causales de imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social, por razones patrimoniales, económicas o financieras. En igual sentido la reciente ley societaria de Bélgica en vigencia el 1/1/2020 que ante la reducción del patrimonio por debajo del capital contiene un “procedimiento de alarma” y para evitar la liquidación, la única alternativa es presentar un plan de saneamiento o viabilidad.

Diana Rivera apuntó la reforma de la ley societaria colombiana sustituyó la causal de pérdida del 50% del capital por la de negocio en marcha al final del ejercicio, unido a la obligación de administradores de convocar a socios ante deterioros patrimoniales o riesgos de insolvencia. Es a la postre siempre el análisis de la viabilidad del negocio. En todos los casos no es un tema de infracapitalización sino de infrapatrimonialización.

Es clave el rol de los sistemas de responsabilidad, como materia de la preconcursalidad. Generan una percepción “*ex ante*” para desincentivar los comportamientos indeseados, dañosos respecto de terceros, cualquiera sea el régimen de limitación de responsabilidad del tipo social adoptado. Si la defensa del interés general y de acreedores –prevista desde lo público en la legislación- descansa en la capacidad patrimonial, parece razonable que en situación en la que el patrimonio es insuficiente poniendo en peligro la satisfacción del pasivo se adopten soluciones, y eventualmente se genere responsabilidad.

Spolidoro al igual que *Karsten Schmidt* sostiene que el derecho societario y el derecho falimentar se influyen mutuamente, bajo reglas del “corporate goverment”, 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. Ante falta de disposición normativa existe la posibilidad de enfocar el problema de la infrapatrimonialización desde la óptica de la *responsabilidad de los administradores*, que se deben a mantener la viabilidad de la actividad. Así se contempla en Francia, con la *action en comblement du passif*, que establece en sede concursal la sanción a la infrapatrimonialización.

Esa tensión aumenta cuando el valor patrimonial de la sociedad no permite satisfacer su pasivo. Los accionistas pierden interés en la gestión, y los acreedores en cambio pasan a tener interés fundamental en la prosecución exitosa de la actividad. Los acreedores de una empresa en crisis se

encuentran en la misma situación de inversores sin derecho al decir de Stanghellini. La Directiva trataría de atenuarlo.

Ante las alertas tempranas de crisis o detectarse causales de disolución la legislación especial dispone opciones imperativas de remediación: reintegrar, capitalizar la sociedad por diversos medios o liquidar, bajo la sanción de generar responsabilidad por el daño que se pudiera causar. Acciones que pueden llegar no sólo a administradores sino a socios de control que por acción u omisión entorpecieron la reorganización. Los socios cometerían abuso de derecho si en vez de capitalizar concursaran la sociedad para que acreedores asuman las pérdidas.

El socio inversor o minoritario puede dormir tranquilo. Para responsabilizar se impone culpa, pues deriva de la teoría general de la responsabilidad civil o de las previstas en la ley societaria, que no quedan impedidas por el concurso preventivo, y la quiebra abre otra vía. El contrapeso al control preventivo lo constituyen, al decir de Mauricio Yadarola en 1925, *ex post* las acciones de responsabilidad contra administradores y socios de corroborarse que arguyeron la viabilidad de mala fe causando daño.

Si se compromete la continuidad del giro empresario –objeto de la sociedad- aparece un orden público social: la conservación de la empresa por el efecto social y económico en la región, y el derecho constitucional de propiedad de acreedores y a trabajar de sus empleados. El gran desafío para el derecho es mantener la empresa viable, pero recordando la apreciación de Cámara: *El principio de conservación de la empresa no constituye una patente de corso para la gestión empresarial.*

La conclusión lógica es simple: si la sociedad tiene un mero problema de cesación de pagos, un activo corriente inferior al pasivo corriente, una espera –corta o larga- solucionará el problema. Si tiene patrimonio neto positivo no se advierte la necesidad de reducir el pasivo.

Sigo revisando la frontera. En la perspectiva del derecho societario ante la insolvencia la capitalización por reintegro, o aumento por los mismos socios, terceros o de deuda, debiendo recordar a Abadesa “la remodelación tiende a salvar la empresa, no a aquellos que deben sufrir la responsabilidad o riesgo de la insolvencia”. “La suficiente capitalización de la sociedad al momento de su constitución y posteriormente, durante todo el desarrollo de la actividad empresarial es la mejor manera de evitar la insolvencia de la sociedad”, y ello se logra –eventualmente- por la capitalización del pasivo, que tiene efectos tributarios neutros y libera a fiadores y deudores solidarios, a su vez la extinción del pasivo excluye acciones de responsabilidad y parece ser el lineamiento aconsejable en los “acuerdos privados” –los *company voluntary arrangement*- con los acreedores financieros –que he practicado-, que de ser la empresa viable colocarán las participaciones en sus inversores. La quita o reducción de pasivo implica un menoscabo de los acreedores, con tributación por ganancias a cargo de la sociedad. En la Sociedad de Responsabilidad Limitada se generará una transformación en esa reorganización.

Una española afirma “la puesta en marcha de mecanismos encaminados tanto a prevenir o superar la situación de insolvencia, eludiendo, en la medida de lo posible, la declaración de concurso (conocidos como institutos preconcursales), es precisamente la previsión en nuestra LC de capitalización de créditos, en su terminología anglosajona *debt equity swap*, como posible integrante de los acuerdos preconcursales –copio a Ascensión Gallegos Córcoles en libro de 2019

“La capitalización de créditos mediante aumento del capital social”¹⁹⁹-. Continua: “también se introdujo el controvertido régimen de responsabilidad de los socios del deudor, que puede resultar en su condena a la cobertura del déficit concursal resultante de la liquidación”. Sigue la colega “la intención de nuestro legislador es impulsar, casi a toda costa, la capitalización tanto en sede concursal como preconcursal, ya que se ha mostrado idónea como medida de saneamiento financiero, especialmente para la superación de crisis empresariales. En efecto, además de producirse un incremento del patrimonio neto, evitando caer en una situación de disolución por pérdidas, genera un incremento de liquidez, reduce costos financieros derivados de la satisfacción de los créditos y mejora la *ratio* de endeudamiento, por cuanto le permite, aplicar para otros fines fondos que habría de destinar al pago de las deudas que se extinguen por la capitalización. A su vez ello se sitúa en la base de las expectativas de beneficios para los socios...también es posible que surja un auténtico mercado de créditos que lleve a la adquisición derivativa de éstos por parte de quien persigue a través de ello rentabilizar dicha adquisición una vez restablecida la viabilidad económica de la sociedad”. De nuevo el plan de viabilidad.

Las soluciones normativas-doctrinarias a la capitalización son múltiples, permitiendo emitir acciones con o sin prima, con derecho de rescate, con preferencias patrimoniales limitando derechos políticos, ubicándolas en clases, sectoriales y otras variables como pactos de preferencia para recompra, entrega a la par de obligaciones convertibles, o alternativas de negocios en participación y modalidades de préstamos participativos. La capitalización o participación es de equidad y aceptada por normas imperativas, mantiene equilibrio entre socios y acreedores que se incorporen, ofreciendo sinnúmero de herramientas que pueden equilibrar intereses y asegurar la conservación de la empresa, que no significa ni la conservación de los socios ni de la misma sociedad.

Tales prácticas Karsten Schmidt las tituló como exitosas por confidenciales y eficaces.

Esas soluciones societarias permiten integrar socios interesados en el plan de negocios, en reflotar la actividad, compartiendo riesgos con los originales socios. Bajo el principio de buena fe, que la doctrina argentina denomina “*esfuerzo compartido*”, pues es inmoral que la solución concordataria devuelva, a los accionistas de la concursada, una empresa revitalizada y que todo el daño emergente de la cesación de pagos y más de la insolvencia recaiga en exclusiva en acreedores, al decir de Daniel Truffat.

Concluyo. En Cesación de pagos, que significa sólo activos ordinarios insuficientes, imponer una quita o reducción a acreedores implica que la sociedad obtenga una ganancia extraordinaria, sin haber sufrido pérdida. Es toda ganancia para la sociedad y por ende de socios. Si hay infrapatrimonialización la pretensión de imponer quitas o reducción de pasivo revela un incumplimiento de los administradores –y socios- a las previsiones imperativas de la ley societaria, un intento de no asumir las pérdidas, subvirtiendo la absolute priority rule, resistiendo la capitalización que es una forma de relativizar la priority rule. Temas que han ilustrado en sendos ensayos Luis Mejan y nuestro anfitrión Daniele Vattermoli,

La capitalización descarta una posterior renegociación del acuerdo pues hay una aventura en común. Y devuelve solidez patrimonial para requerir financiamientos viables.

Si una sociedad no obtiene capital de sus propios socios o de terceros, es porque no existe un adecuado plan sobre su viabilidad y rentabilidad.

¹⁹⁹ En ese momento se generó un murmullo en el Auditorium, y una voz desde un conjunto de juristas españolas, señaló aquí está, generando un inmediato breve diálogo con la distinguida autora con mis felicitaciones, señalándole que seguiría usando de su material, diálogo que profundizamos luego.

Así dejo afrontada la temática de lo privado, con mayor libertad, y lo público enfocándolo en la imputación de responsabilidad cuando las diligencias internas no han sido asumidas.

Una frontera en la que debemos seguir indagando en cada país conforme al desafío planteado por el maestro Alessandro Nigro años atrás, y que -a mi entender- ha sido receptada en el nuevo Código Civil y Comercial argentino vigente desde el año 2015.

Si motivé dudas habré cumplido mi propósito. Agradezco la atención dispensada y quedo dispuesto al debate, y les recuerdo que la Universidad Nacional de Córdoba y la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, a través de su Instituto de la Empresa- los esperan el 26 de octubre de este año en el triannual Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, que sostenemos desde 1977.

