

A cargo del Dr. Efraín Hugo Richard

Director Ernesto Eduardo MARTORELL
Coordinador Demetrio Alejandro CHAMATROPULOS y AAVV
“TRATADO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS AUDITORES”
4 tomos con 3.168 págs.. Ed. Thomson Reuters LA LEY, Buenos Aires 2014.

La Editorial nos viene entregando en los últimos años, en torno al derecho empresarial, tratados de fundamental importancia para la prevención o el ejercicio de acciones. En tal sentido SUMMA SOCIETARIA, SUMMA CONCURSAL, TRATADO DE LOS CONFLICTOS SOCIETARIOS, LEY DE CONCURSOS COMENTADA en 5 tomos de la misma Dirección del TRATADO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS AUDITORES que ahora llega a nuestras manos.

Cuando se habla de responsabilidad de alguien, algunos tachan a quién lo hace de un buscador de carroña, de un exagerado, defendiendo obviamente la irresponsabilidad de esos alguienes. Nada semejante,,, lo que se trata es -desde una visión doctrinal integral- señalar a esos alguienes como deben desempeñarse para no incurrir en responsabilidad, es decir una labor ex ante de prevención -al decir de Mauricio Yadarola-, para evitar el ex post del juicio de indemnización por daños.

Los repertorios de jurisprudencia del mundo dan cuenta de ese riesgo, sentencias que son recordadas reiteradamente en este nuevo Tratado.

Su director, el jurista Ernesto Eduardo Martorell engarza la convocatoria en el Prólogo señalando que el Tratado y la convocatoria a los coautores que se motiva (y motiva) en “la avalancha de juicios y reclamos de toda índole que venían sufriendo las ‘Accounting Firms’... habían llevado a la quiebra al 7° Estudio de auditoría de los EE.UU...Pero además, el comienzo de los 2000 fue especialmente prolífico en ‘mega casos’ de ‘default’ espectaculares... seguidos, todos ellos, por demandas de centenares sino miles de millones de dólares contra los Estudios que tenían a su cargo el ‘auditing’ de dichas Compañías”, con lo cual señala los riesgos de un desempeño inadecuado de esos profesionales, como la posibilidad concreta de reclamos frente a daños sufridos por concursos, quiebras o sorpresivos pasivos ante transferencia de empresas o de paquetes accionarios de control.

Es que el tema de la auditoría es para la prevención del daño en esas formas de actuar que el mismo Martorell señaló en el prólogo de otro trabajo colectivo¹: “...todos conocemos lo grave que significó para una comunidad con un nivel de moral colectiva tan bajo como el que ya existía en ese momento en nuestro País, la castración de las acciones de responsabilidad... autores tan serios como Bergel o Maffia hablaron del réquiem de estas acciones para beneplácito de los pillos. No menos grave fue el mantener intocada la normativa referida a la extensión de la quiebra, dejándose librados a síndicos y damnificados a tener que enfrentar a picaros aggiornados que utilizan mecanismos de máxima sofisticación para estafar ... ampliando aún más la situación de significativa impunidad que se otorgó a los comerciantes y empresarios inescrupulosos carta blanca para delinquir...nadie ignora que su empleo generalmente se ha venido dando desde entonces siempre en situaciones sospechadas de fraude en las que el cramdista...por lo común

1 LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRA COMENTADA, AAVV, Ernesto E. MARTORELL Director, Ed. La Ley, Buenos Aires, mayo 2012, 5 tomos (págs. 1016, 936, 846, 1129 y 1463 respectivamente).

terminaba siendo un allegado al cuasi-fallido pillo, que desembarcaba como tal –tras fracasar como concursado –a través de una sociedad off shore o de un amigo de turno, cuando no del testafierro de estilo....corresponde evaluar qué actitud asumió nuestra veleidosa comunidad jurídica frente a aquella crisis, y como acompañó las situaciones posteriores, ante institutos tan bochornosos como el APE...y harto peligrosos... nuevamente recorro a Cámara: El principio de conservación de la empresa no constituye una patente de corso para la gestión empresarial... los APE fueron utilizados para convalidar verdaderos despojos...”.

El negocio de los concursos suele estar vinculado, en muchísimos casos, a una labor defectuosa obviamente de la administración, pero también de los controles del síndico y de auditores.

Ya tenía escrito MARTORELL, "el auditor esta en frente de una responsabilidad agravada regida por el art. 902 CC... Es que, a tenor de lo que indica la experiencia, rara vez se les veda el acceso a la documentación y/o los informes por ellos solicitados y, cuando esto ocurre, suelen renunciar en el acto a su desempeño, lo que incrementa notoriamente -cuanto menos a mi juicio- su responsabilidad frente a una eventual "mala praxis" y que otro factor de agravamiento de la responsabilidad de los auditores, según ve las cosas, reside en el hecho de que los mismos se hallen comprometidos frente a la sociedad que auditan por obligaciones predominantemente "de resultado", más que "de medios"... (léase, elaborar un "Informe" y/o "Dictamen", expresando una opinión acerca de si la información financiera sometida a su "auditing" "proporciona un panorama cierto y razonable ..." de la situación de la entidad auditada)², y ahora lo profundiza. El Director tenía desnudadas las "picardías" que pueden cometer -y de hecho cometen- los auditores³. En este Tratado se remarcan todas ellas, y las referencias a los casos Enron, Parmalat y otros son continuas.

Oleadas de crisis nos han habituado a que las explosiones de burbujas financieras no constituyen excepciones sino que ellas son un mecanismo corriente del mercado, que busca así depurarse de excesos de optimismo, especulaciones desenfrenadas y faltas graves de previsión.

¿Que es auditar? La pregunta tiene respuestas en diversos capítulos. Básica y técnicamente es un control selectivo, efectuado por un grupo independiente del sistema a auditar, con objetivo de obtener información suficiente para evaluar el funcionamiento del sistema en análisis. Varias actividades pueden ser objeto de "auditing", las de "auditoría de cuentas", "auditoría de balance", financiera, informática, medioambiental, etc. etc.. Cada una tiene objetivos y métodos determinados, centradas en emitir opinión sobre la calidad de estructura y procedimiento o sobre un procedimiento de gestión, para que se cumpla la finalidad prevista y no se genere responsabilidad. Esto es el meollo del Tratado.

El plan general de la obra se desarrolla en 24 capítulos, engarzados en 4 tomos con 3168 páginas, repartidas .823 en el tomo I, 743 en el II, 856 en el III y 746 en el IV,

Es imposible intentar reseñar la riqueza del contenido en las acotadas líneas de una reseña. Nos limitaremos a una visión panorámica, tratando de incitar a la lectura del contenido y a su meditación, sin duda de importancia fundamental para quienes ejercen la auditoría y para quienes se consideran perjudicados por la actuación de esos profesionales.

La “autoregulación de los pares” (RT 7) es el eje en orden al desempeño profesional y eventual asunción de responsabilidad.

2 MARTORELL, Ernesto E. Nuevamente sobre la responsabilidad de los auditores ¿Por qué buenos contadores efectúan pésimas auditorías?, LA LEY 2004-F, 1191.

3 MARTORELL, Nuevos estudios societarios- La responsabilidad de los estudios de auditores hoy, LL 1998-F-953.

En ese eje se desarrollan los 24 capítulos de la obra, de calificada pública de profesionales de las ciencias económicas y jurídicas. En arranque se trabaja sobre “El Contador Público”, sus incumbencias, formación universitaria y profesional, los roles de instituciones como la Federación Internacional de Contabilidad, los Tribunales de Ética, y los desafíos de la tecnología, incluso en su formación de posgrado. Inmediatamente se afronta “La responsabilidad del auditor: normativa profesional que la regula”, distinguiendo el rol del contador y del auditor, la conmoción que generó en el escenario empresario el caso Enron y la International Federation of Accountants en la determinación de estándares para enfocar la responsabilidad de auditores y de las organizaciones profesionales. El cap. III a cargo del Director es una cuidada reflexión sobre “La responsabilidad de los auditores desde la perspectiva de lo jurídico”, introduciendo un panorama histórico evolutivo, con casos, fundamentos de la responsabilidad y particular análisis polémico de las defensas usadas por los auditores demandados por responsabilidad. Una guía fundamental para determinar la existencia de responsabilidad, o sea de obligación de reparación de daños. De seguido, y profundizando en como debe desempeñarse adecuadamente la función se bucea en las “Habilidades requeridas a los auditores”, desde la práctica internacional, y luego en la organización de los mismos a través de “Las sociedades profesionales de la auditoría”, poniendo especial acento en la responsabilidad de las mismas, que ha sido uno de los puntos que ha conmocionado al mundo económico en los últimos años. El cap. VI se incorpora al análisis de los códigos de buen gobierno: “Responsabilidad Social Corporativa (Gobierno Corporativo) y ‘Auditing’”, apuntando a la gestión de riesgos, incluso en los grupo de interés, y la organización interna de las grandes sociedades. Cierra el tomo I el capítulo sobre “Políticas Contables para el Balance Social (Balance Social de Sustentabilidad)” con esta visión contemporánea ya no solo sobre la viabilidad económica de la empresa sino su integración a políticas sociales, desarrollo humano e impacto ambiental, potenciando lo que exige la Memoria ubicado que “su objetivo es anticipar los hechos y/o sucesos que pueden ocurrir en el próximo ejercicio, determinando su impacto en los resultados y sirven para demostrar el grado de sostenibilidad de la empresa”, referido en el caso a la emisión de obligaciones resguardando intereses de los acreedores.

El tomo II se inicia con la visión del Dr. Bernardo P. Carlino, un contador que enseña en Facultades de Derecho sobre “El auditor como síndico societario” con el rol de ambos y de sus responsabilidades con visión de normas internacionales. Se integra este tomo con trabajos de profesionales de las ciencias jurídicas “Responsabilidad civil del auditor externo de estados contables frente a sus clientes y terceros interesados”, con a bordo del tema en el proyecto de Unificación de Códigos, “La responsabilidad de los auditores y las normas de protección a los Consumidores” a cargo del prestigioso Coordinador del Tratado, donde revisa la naturaleza de los terceros frente a la ley de defensa del consumidor, con visión comparatista. Luego el enfoque de esa responsabilidad y la “Defensa de la Competencia”, con enfoque de las operaciones que deben ser notificadas y autorizadas, apuntando a la responsabilidad del auditor en materia de concentraciones económicas. El capítulo XII sobre “Los daños a reparar por el auditor. Reparación integral y especial referencia a los daños punitivos” lo asume también el Coordinador Chamatropulos atendiendo a categorizar los daños resarcibles, los daños punitivos, incluso en la jurisprudencia argentina, y la discusión sobre su asegurabilidad. El último capítulo presenta “La Auditoría Externa desde la óptica del Derecho y la Economía” incorporando una visión desde el análisis económico del derecho desde múltiples y novedosos aspectos, cerrando con los presupuestos de su responsabilidad en diferentes materias.

Se abre el tomo III con el “Proceso de la auditoría interna” por un especialista en las ciencias económicas y en la materia, apuntando al Comité de Auditoría y a la auditoría interna, el control gerencial, las pruebas necesarias para ejercitar esos planes, el aspecto ético, evaluación de

riesgos, con reseña de las normas internacionales en la materia, y la computarización de los sistemas de auditoría diseñados. El cap. XV trata “Control Gerencia y Auditoría. Actividad de gestión y auditoría Interna Corporativa” a cargo del mismo profesional donde formaliza un enfoque más específico del control gerencial y su organización, cerrando con consideraciones sobre el riesgo de auditoría y el fraude. 500 páginas a cargo del Dr. Chevel con impecables análisis, como todos los trabajos que venimos incorporando en lectura veloz a nuestro acervo. Se enfoca en el cap. XVI, en autoría compartida por abogados “La responsabilidad penal del auditor”, donde enfocan la autoría y participación en ilícitos sancionados por la ley penal o la tributaria, con visión comparatista. Inmediatamente un profesional de las ciencias económicas abunda en “La responsabilidad del auditor de estados contables en materia tributaria” o sea sobre la responsabilidad fiscal, agregando las normativas específicas. Cierra el III tomo el ensayo sobre “La auditoría de entidades financieras. Obligaciones y responsabilidades del Auditor según la normativa del BCRA”, con minucioso tratamiento de las previsiones de la entidad bancaria rectora y sus facultades disciplinarias, incluyendo referencias al rol de la Auditoría General de la Nación sobre ese Banco.

La especialización que cierra el tomo anterior se acentúa en el último tomo con “La auditoría en material bursátil. Normas aplicables, obligaciones y responsabilidad del auditor. El contralor de la Comisión Nacional de Valores” con el rol de los auditores externos, derecho comparado, y la supervisión sobre los mismos de la CNV, y el vínculo de la auditoría con los órganos societarios de la auditada. El siguiente Cap. XX ahonda en estos aspectos “La auditoría en materia bursátil. Responsabilidad de los Agentes de Calificación de Riesgo”, con la normativa aplicable y esa responsabilidad particular, tanto contractual como frente a terceros. Luego se ofrece su vínculo con aspectos del derecho del trabajo “La Auditoría en material laboral y de la Seguridad Social y sus particularidades. Obligaciones y Responsabilidades del Auditor” justificando la especialización ante enfoques particulares de la materia, con referencia a la tercerización y los servicios recurrentes frente a la dependencia. Hoy constituye un problema significativo la protección del ambiente y los riesgos por contaminación, el Cap. XXII esta dedicado a “La auditoría en materia ambiental y sus particularidades. Obligaciones y responsabilidad del auditor” abarcando la auditoría gubernamental, su responsabilidad y aspectos de derecho comparado. Sigue la especialización con “La auditoría de entes o empresas estatales. Obligaciones y responsabilidades del auditor. El penúltimo capítulo de este Tratado apunta a un tema necesario y urticante “La auditoría de entes o empresas estatales. Obligaciones y responsabilidades del auditor”, puesto que es fundamental ante la proliferación de organismos estatales controlar cuando menos la legalidad del comportamiento y de sus cuentas, se trata de lo que llamamos la responsabilidad social pública. Cierra este cuarto y último tomo un completísimo estudio sobre “La Auditoría Informática: Aspectos Jurídicos” del colega Dr. Daniel Ricardo Altmark sobre la operatoria, contenidos, accesos, operatoria y control de los sistemas informáticos y su vinculación con la auditoría.

Un collar precioso y preciso donde se van engarzando como perlas los 24 ensayos.

La responsabilidad en relación al desempeño de estos profesionales impone la existencia de daño. Y ello es más que frecuente, pues se produce cuando el inversor o socio, confiando en el informe de auditoría, es inducido a creer que la situación financiera de la empresa es sólida y que su evolución será positiva y a consecuencia de ello invierte dinero en ella o posterga su decisión de vender sus tenencias accionarias, hasta que es demasiado tarde y la empresa colapsa o el inversor debe vender a bajo precio sus acciones.

Por eso el contenido del Tratado es tan rico para prevenir o accionar.

Una obra fundamental para profesionales de las ciencias económicas y jurídicas para realizar, intervenir o juzgar labores de auditoría interna y externa, en la búsqueda de ceñir su actividad a reglas técnicas de procedimiento dentro de un marco de juridicidad, donde no puede descartarse las de eticidad. En el afán no sólo de cumplir adecuadamente la función que se les asigne o que deban desempeñar, sino para evitar riesgos de acciones de responsabilidad, no descartables frente a los riesgos empresarios, potenciados cuando alguien no opera de buena fe. Importante también el acceso al material de esta completísima obra, para analizar frente a la existencia de un daño concreto si la responsabilidad que sin duda existirá en relación a la auditada y sus órganos, puede extenderse a los auditores, de lo que dan cuenta las resoluciones judiciales que se apuntan por los autores y particularmente por el Director.

La iluminación de todos los comentarios, prolijos y completos, se advierte asumida por todos los coautores, reafirmados por jurisprudencia y doctrina, no solo de libros sino de artículos especializados, en casi todos los casos con referencias históricas del derecho patrio y del comparado, con las modalidades propias de cada co autor, pero sin desviarse del eje de análisis, la correcta labor de auditoría y los riesgos de asumir responsabilidad.

Una obra monumental, con utilidad para abogados y contadores.

Sin duda quiénes deben asumir trabajos de auditoría o afrontan el análisis de los mismos, particularmente ante crisis o concursos, los jueces que no tengan un claro criterio sobre las continuas estrategias que esbozan las sociedades (sus administradores y socios) y los profesionales que las asisten, para ocultar sus problemas, encontrarán en este importantísimo Tratado un auxiliar fundamental para ayudarlos a tomar la correspondiente decisión.

Una obra de consulta indispensable. Hemos aprendido muchísimo en su rápida lectura, imagínese lo aprovechable de una lectura cuidadosa frente a situaciones concretas.

Efraín Hugo RICHARD

Córdoba, julio de 2014.

RASPALL, Miguel Ángel – RASPALL, María Laura
DERECHO CONCURSAL DE LA EMPRESA
Colaboradora Débora Taborda
2 tomos, 404 y 424 páginas, Ed. Astrea, Buenos Aires, julio de 2014
Prólogo de Ariel Ángel DASSO.

1. El inquieto y formado jurista rosarino Miguel Ángel RASPALL, acompañado por su prometedor hija María Laura, cuya capacidad ya se mostró en algunos Congresos y Jornadas, presenta un inquietante libro sobre el “Derecho Concursal” en torno a la “empresa”. El título entona la directriz de la obra. Debemos agradecer la cálida dedicatoria de nuestro amigo Miguel que, como es de costumbre, impuso la rápida lectura del jugoso contenido de los dos tomos y la necesidad de exponer públicamente nuestra impresión en una breve reseña.

Ese prólogo de Dasso, deslumbrante, encomia la enjundia del jurista y los principios del derecho concursal en vertiginoso cambio. Marca los fundamentos del nuevo sistema procedimental, su tendencia a la desjudicialización, y nosotros –que admiramos a Dasso pero le reprochamos que no tenga en cuenta que el concurso preventivo es la última ratio para afrontar la crisis de una sociedad –que acepta es la forma de darse la empresa- que ha apuntado nuestra Corte en el caso Comercial del Plata. La magnífica presentación que hace de la obra de los Raspall, incitando a su lectura –lo que hemos hecho de inmediato-, acota que la obra es de “Derecho Concursal”, no de un derecho preconcursal contenido en la legislación societaria en la escuela que integramos.

Justamente el jurista pensante, ilustrado, ágil de inteligencia y argumentos Miguel Ángel Raspall también prologa la obra con sus llamadas “Palabras preliminares”, donde apunta a una reforma del sistema concursal distinguiendo entre el de los individuos, incluso empresario, del concurso de la empresa, calificando al actual como “ingenuo e ineficiente frente a la actitud de los deudores”, centrando interés en los concursos reestructurativos, reorganizativos o rehabilitatorios, los que se apoyan en un plan de saneamiento de la empresa”.

2. En ese eje abundan los Raspall en el capítulo I sobre la empresa, destacando “De este modo se ve claramente que la sociedad es el medio técnico legal apto, idóneo y apropiado para el desarrollo de la actividad empresarial de modo plural. La legislación societaria provee la estructura normativa de la empresa, el ropaje jurídico dentro del cual se va a desenvolver”, apunta también a la actividad como manifestación empresarial, al interés público imperante y a la magnitud del desarrollo empresarial pues “Barcat sostiene igualmente que las grandes empresas no quiebran y que lo que se conoce como derecho concursal es una rama del derecho que tiene como última beneficiaria a la mediana y pequeña empresa, con el fin de protegerla y ayudarla a sobrevivir”, continuando luego sobre la apreciación de crisis para delimitar lo que tratarán o sea el derecho concursal “No siendo el cometido de esta obra desarrollar todas estas alternativas” entre las que señalan las “intrasocietarias”, entre las que marcan muchas acciones como la de capitalizar, y las “extrasocietarias”. Apuntan luego a la separación de la empresa y el empresario, la conservación de la empresa, viable y no viable, para concluir “los costos y las pérdidas siempre se trasladan a alguien”.

El cap. 2 ya se centra en el concurso de la empresa con su consideración histórica y los tipos de concursos, liquidativos y diversas formas de conservativos, y la especialización por

actividad o magnitud. La jurisdicción concursal, donde se informa sobre “Acuerdos privados” y sus efectos, recordando su introducción en nuestro país en el año 1983 y su relativa oponibilidad. Destaca la actividad de mediadores o negociadores dentro y fuera del proceso concursal, recordando las palabras de Lorente “que considerar que todo lo regulado en la ley concursal es de orden público, es una peligrosa exageración”, mostrando los logros en grandes reorganizaciones en U.S.A.. Sigue el capítulo mostrando el “interés comprometido” en los concursos de empresas, refiriendo –como en todos los comentarios- el derecho comparado y su evolución hacia lo publicístico, señalándose lo “irrito y predatorio” de los acuerdos en nuestro país, que parecería ir acotando la justicia a través de la prohibición de homologar acuerdos abusivos o en fraude a la ley, postulando un “campo” equilibrado frente al conflicto de intereses basados en la eficiencia para el desarrollo de la empresa “saneada y viable”. Concluyen con el interés y defensa del trabajador y su crédito.

El cap. 3 se refiere al concurso reorganizativo. Cuando hemos terminado de leer los dos tomos entendemos que este capítulo, muy extenso que cierra el primer tomo se corresponde al corazón de la obra y a la ideología de Miguel Raspall. Los autores recorren una temática vasta, vinculada a la “estrella polar” de la reorganización de la sociedad –empresa- viable –terminología que prefiere-, o a la reestructuración del pasivo “que lo determina la capacidad de pago real de la empresa, tanto como sea capaz de devolver a los acreedores, sin hacer peligrar la continuación de la actividad”, conforme a un “plan de reorganización”, embanderándose en el criterio de Stefania Pacchi “considerando que en el centro de esta actividad hay una empresa, aunque insolvente y fallida, en la cual se agitan intereses diversos que esperan protección, surge el problema de entender cuáles son los personajes que conducen el juego y quién controla el respeto de las reglas para que los más débiles no sean atropellados por los más fuertes”, refiriéndose al tratamiento paritario de los acreedores y su categorización. Marcan muy bien las diferencias entre el proceso reorganizativo que conciben y nuestro sistema, con continuas pinceladas de derecho comparado, los sistemas a alerta temprana, marcando que “Indiscutiblemente, cuando se trataba del comercial o del empresario individual, el presupuesto objetivo era la insolvencia (pasivo superior al activo) o la cesación de pagos, mostrada como una situación consolidada, hablándose de estado de cesación de pagos. Posteriormente, la aparición de la empresa... llevaron a las fórmulas actuales, anticipatorias de la insolvencia”, lo que impone hablar de plazos para la apertura del proceso, en muchos derechos acotado a términos perentorios de producida la insolvencia, proponiendo incentivos para la actuación temprana y dedicándose al asistencialismo estatal antes los intereses comprometidos, e insistiendo sobre la necesidad del plan de empresa o de reorganización, y poniendo el acento en la necesidad de control mirando el rol de nuestra sindicatura, cuya reforma propician, completando con una visión crítica de los comités de acreedores, las posibilidades de desplazamiento de la administración, para inmediatamente asumir la “Disponibilidad del proceso por el juez”, el “caso de que el deudor siga trabajando a pérdidas, el juez pueda suspender la actividad y transformar el proceso...”, continuando con la negociación de la propuesta con “un método disgregado”, “La viabilidad de la empresa no puede ser tomada como una mera enunciación vacía...”, insistiendo en el eje del plan de reorganización – lo que hacen acertada y repetitivamente-, marcando posibilidades de intervención del comité o de terceros. Tratan las quitas conjuntamente con la “tercera vía” dentro de las clásicas visiones de la doctrina concursalista, y “los abusos en el uso de la transferencia de derechos para poder modificar la conformación de las mayorías”, la situación del acreedor dominante, los créditos subordinados y las diferencias entre la general y la especial, la imposición del acuerdo a disidentes, y algún escepticismo ante su vocación de ser “importante que exista control de la evolución económica-financiera de la empresa y, por ende, el seguimiento del desarrollo del plan, con

posterioridad a haber alcanzado el acuerdo y la homologación”. En relación al “plan” recuerdan su incorporación a nuestra legislación por el “art. 125 de la ley 22.917”. En su visión llegan a la continuación del giro por terceros, incluso con y por los trabajadores. Ya finalizando este completo capítulo se acercan a la “Protección de la empresa en concurso” con el difícil crédito postconcurzal. Concluyen con la responsabilidad de administradores y socios en los procesos reorganizativos, donde casi por primera vez hacen referencia al derecho societario en cuanto “tiene reguladas desde siempre las acciones de responsabilidad social y las acciones de socios y terceros contra los administradores sociales y en algunos casos contra los mismos socios limitados”, claro que señalando que no se promueven frente a los concursos preventivos alcanzado el acuerdo y sólo regulado en la quiebra, haciendo una interpretación intermedia del informe del síndico respecto a los aportes de los socios, haciendo alguna referencia a nuestra posición hace 5 años, ya evolucionada. Los autores propugnan en sus conclusiones un análisis riguroso y un sistema “bien diseñado y efectivo” como “valioso incentivo para el mantenimiento de altos estándares de administración empresarial”, haciendo suyo informe del Banco Mundial.

3. El tomo II se inicia con los “Concursos especiales”, el del conjunto económico uniendo las viscosidades de varias personas, que tenga exteriorización frente a los acreedores, con “unidad de decisión”, recorriendo el derecho comparado y recalando en el nuestro se afirma “Desde la presentación grupal en adelante, y aun luego de la homologación del acuerdo con propuesta única, cada sujeto (cada empresa) continúa su actividad en forma independiente de las otras empresas. Luego, cada persona del agrupamiento debe pagar su propio pasivo (concurzal y el resultado del giro) y queda además obligado indirectamente por las consecuencias que se deriva, a enfrentar un pasivo eventual que resulta de la posibilidad de que alguna de las otras personas que integran el grupo no paguen las obligaciones que resultan del acuerdo, bajo sanción de considerarse que de no hacerlo, todo el grupo está en impotencia por la imposibilidad de cumplir en auxilio de uno de los integrantes y que se declare la quiebra de todos”. Señalan que no se advierte el uso del acuerdo consolidado. Los intereses de deudor y acreedores en esta etapa se encuentran en área privada, reservada. Apuntan los Raspall -pág. 89- “De suyo, estos acuerdos privados, para que puedan constituirse y alcanzar las conformidades, requieran de la buena fe negocial y toda violación a ella debe ser sancionada. En realidad, sólo las grandes empresas o las pymes bien organizadas (con sistemas contables confiables, cuadros económicos, financieros y de resultados llevados de modo mensual o trimestral y balances regularmente cerrados) deberán estar en condiciones de lograr que los acreedores le den conformidad a las propuestas en este margo desregulado, porque la confianza y credibilidad de la situación y de su exposición es la base de ellos.

Repasan el sistema de “pequeños concursos”, dentro de los especiales, para seguir con los “Acuerdos de reorganización privados o extrajudiciales”, como “modos privados de autocomposición, que es una manera de privatizar la solución de las crisis empresarias. Se trata de un regreso al privatismo-voluntarismo, pero con acuerdos que se gestionan y alcanzan fuera del marco jurisdiccional (workout), aun cuando una vez alcanzados, estos pueden ser presentados a la jurisdicción para lograr la oponibilidad a todos los acreedores de la clase”, recordando la Declaración de INSOL de Método de Abordaje a los Acuerdos Extrajudiciales con Acreedores Múltiples de que “cuando un deudor se halla en dificultades financieras, todos los acreedores importantes deben estar preparados para cooperar entre sí para dar suficiente (aunque limitado) tiempo (un standstill period, período de espera) al deudor para que la información acerca del deudor sea obtenida y evaluada y para que las propuestas a fin de resolver sus dificultades sea obtenida y evaluada y para que las propuestas a fin de resolver sus dificultades

financieras sean formuladas y evaluadas, salvo que tal curso de acción sea inapropiado en el caso particular” (principio primero), y “Los intereses de los acreedores importantes se encuentran mejor protegidos al coordinar su respuesta al deudor” (principio cuarto). Marcan para la legislación nacional que “el presupuesto objetivo o material amplio, restando la cesación de pagos o las dificultades económico-financieras de carácter general... la homologación produce efectos concursales plenos”. Apuntan los Raspall a pág. 89 “De suyo, estos acuerdos privados, para que puedan constituirse y alcanzar las conformidades, requieran de la buena fe comercial y toda violación a ella debe ser sancionada. En realidad, sólo las grandes empresas o las pymes bien organizadas (con sistemas contables confiables, cuadros económicos, financieros y de resultados llevados de modo mensual o trimestral y balances regularmente cerrados) deberán estar en condiciones de lograr que los acreedores le den conformidad a las propuestas en este marco desregulado, porque la confianza y credibilidad de la situación y de su exposición es la base de ellos”, recordando “que los acuerdos preventivos extrajudiciales admiten la preinsolvencia o la insolvencia inminente como presupuesto objetivo, pues permiten que estos procesos puedan abrirse aun antes de encontrarse en cesación de pagos”. La reseña del derecho comparado es, como en todos los aspectos, muy cuidadosa.

El cap. V trata el “Concurso liquidativo”, bajo la óptica de que no es deseable por la pérdida de valor para la economía y la afectación de puestos de trabajo, abordándolo desde las vías de acceso, legitimados, realización de bienes, donde apuntan a la conveniencia del plan incluso para la liquidación con referencias comparatistas, para culminar con la conservación de la empresa como fin, por diferentes técnicas jurídicas. Culmina el capítulo con un breve análisis del régimen sancionatorio. El último capítulo está dedicado a la “Insolvencia fronteriza” que inquieta en los últimos años por los emprendimientos de la globalización, con reconocimiento de los procesos incoados en el extranjero en los países donde existen bienes, y respecto a situaciones en que la legislación argentina “ha quedado sumamente desactualizada”.

4. Además de los correspondientes y completos índices, cierran la edición con la “bibliografía”, referencia importante, particularmente para los investigadores.

5. Un libro impactante por la ilustración en derecho comparado y su continuo análisis al lado de las normas locales, iluminado por la posición doctrinaria de los autores, destinada a que las crisis de empresas (sociedades) sean atendidas tempestivamente, en forma reorganizativa conforme un plan formalizado por sus propias autoridades. O sea anticipatoriamente tratar la preinsolvencia o la amenaza de insolvencia. Excelente posición dentro de la doctrina concursalista que suele no cuestionar la realidad de nuestros concursos que importan normalmente un negocio para los propietarios de la concursada, a través de quitas y esperas. Reiteramos: tratan la preinsolvencia, o sea que no se trata la insolvencia o sea la pérdida del capital social –como la definen-, o de su 50%, que tienen atención definida en las leyes societarias de todo el mundo, y particularmente en la nuestra. Sería interesante que en una futura segunda edición, que sin duda la habrá, los autores aborden el tema de las previsiones “preconcursoales” contenidas en esa legislación específica, normalmente aplicables en todos los casos del concurso para excluir quitas, por lo menos abusivas cuando no en fraude a la ley, y previsiones de responsabilidad para administradores y socios a partir de la función de garantía del capital social. Como es de público y notorio esta es la posición que sostenemos desde hace unos cuantos años.

Imposible reflejar en estas pocas líneas la riqueza del contenido, por lo que aconsejamos fervientemente su lectura. Nosotros hemos aprendido, y mucho..., lo que agradecemos a los

autores, Miguel Raspall engendró en su hija la vocación que lo enfervoriza... No dudamos que tanto el tratadista o el profesional, sea de las ciencias económicas –contabilidad o administración– y jurídicas sacaran mucho provecho de las enseñanzas de los ilustrados autores.

Efraín Hugo RICHARD

Córdoba, julio de 2014.

FERNANDEZ DEL POZO, Luis
Posibilidad y contenido de un derecho preconcursal
(Auditoría y prevención de la crisis empresarial [art. 209.1.b) LSA])
Ed. Marcial Pons, Madrid 2001, 221 págs..

El tratamiento del derecho preconcursal suele ser limitado en la doctrina concursalista, que escapa a considerar las previsiones de la ley societaria sobre el normal desenvolvimiento de la sociedad libremente concebida por sus socios y entregada a los administradores orgánicos.

La doctrina concursal aboga por un enfrentamiento temprano de la crisis de esas personas jurídicas, empujando continuas reformas a tal fin, sin advertir que el problema puede tener contención desde las normas imperativas de la organización societaria, eventualmente para sugerir reformas en este último ordenamiento, en su función preventiva.

Fernández del Pozo aboga por ello. “Las empresas, antes de estar en crisis, pasan por dificultades económicas de muy diversa índole... La literatura comparada suele reconocer este tipo de situaciones que se diferencian de –y preceden a- la crisis empresarial o ‘insolvencia’ en un sentido estricto del término”... una vez resulten notorias las dificultades por las que pasa la empresa ... en ponen en marcha una serie de fuertes estímulos perversos sobre socios y administradores. Tales estímulos les empujarán a desarrollar ciertas estrategias no ‘cooperativas’ en perjuicio de los acreedores....La difusión pública de información (mandatory disclosure) permite abaratar los costes de transacción inherentes a la asimetría informativa y, sin embargo, ha sido criticada por quienes sostienen que la publicidad de las señales de alarma produce como efecto indeseable la aceleración del proceso de degradación de la empresa en dificultades. Es la ‘profecía autocumplida’ (self-fulfilling prophecy)....Todas estas cuestiones son analizadas a partir del examen del rudimentario sistema de alarmas que encuentra su insuficiente acomodo en el art. 209.1.b) LSA y en una legislación de desarrollo de ínfimo rango normativo. Ése es el hilo conductor del trabajo, porque proporciona una excelente atalaya desde la que examinar la insuficiencia de nuestro Derecho de sociedades actual en punto al tratamiento societario adecuado del problema de la prevención y de la empresa que soporta un riesgo de insolvencia o de peligro para la continuidad (lo que se conoce por going concern).”

Este es un excelente punto de partida para un análisis de la temprana prevención de la insolvencia: las normas societarias y, eventualmente, su modificación, antes que buscar la solución en las continuas reformas del derecho concursal, que genera un conocimiento de la crisis y de las tentaciones de negocio de administradores y socios en perjuicio de los acreedores, que culminan con la homologación de acuerdos con quitas predatorias y esperas ajenas a las prácticas del mercado y de nuestra imparable inflación... que vaya a saber como lo logran... El punto de vista del autor es el artículo referido que impone al auditor “Las observaciones sobre cualquier hecho que hubiere comprobado, cuando éste suponga un riesgo para la situación financiera de la sociedad”.

“... empezamos por subrayar algo que dista de ser obvio: la posibilidad del fracaso empresarial. Dicho de otra forma si no fuere técnicamente posible la predicción del fracaso empresarial sería en vano el intento de construir un Derecho que tiene por presupuesto subjetivo a la empresa en dificultades” –pág. 28-, y creemos que esto se intenta en todos los derechos societarios comparados, en diversa medida. “...la denuncia del grave problema del desfase temporal en la apertura de los procedimientos concursales (el timing problem de la literatura jurídico-económica” –pág. 31-. Es obvio que la falta de atención a las normas societarias sobre la función de garantía del capital social conlleva a esa desazón... “La teoría económica demuestra

que, a partir de un determinado momento de existencia de una situación de 'precrisis' propia de la empresa en dificultades financieras, existen fuertes incentivos perversos para que la dirección acometa una serie de estrategias egoístas contrarias a la conservación de la empresa.... En general, la literatura económica y financiera suele distinguir entre la empresa en crisis (failure, bankruptchy) y la empresa en dificultades (financial distress, entreprise en difficulté). La segunda es una situación difícil de caracterizar, que se infiere de múltiples y heterogéneos indicadores y que pueden funcionar como una señal anticipada (early warning) de la insolvencia definitiva" –pág. 33.

La solución debe empezar por la atención y diligencia de los administradores, y sin duda por la aplicación de las normas imperativas de la legislación societaria, sin duda en la zona roja (arts. 94.5, 96 y 99 LSA).

"A partir de las primeras señales inequívocas de peligro cierto de crisis empresarial se corre el riesgo de que los administradores/socios incurran en conductas tendientes a la asunción no racional de riesgos innecesarios (gambling); la desinversión (no se realizan las aportaciones de capital necesarias ante el riesgo de insolvencia previsible)... o el expolio de la sociedad en perjuicio de acreedores (desordenada liquidación del activo, asset gambling)...". Se trata de las previsiones indicadas de la ley societaria argentina, repetida en el concierto del derecho comparado.

Por eso es fundamental el tratamiento anticipatorio de las crisis, primero por aplicación de las normas societarias, y de ser insuficiente con el concurso abierto tempestivamente.

"En un sentido muy amplio, formarían parte del Derecho "preconursal" todas aquellas normas e instituciones no concursales que tienen por presupuesto de hecho la situación anterior a la crisis empresarial y por fin específico la prevención de la misma –pág. 50- la desjudicialización no supone ningún ataque al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva –pág. 59-. El concepto de capital social desempeña, en los sistemas español y comunitario de Derecho de sociedades, la posición vertebral propia de un principio fundante de su disciplina jurídica... Es sabido que, por múltiples vías, el Derecho positivo de sociedades tutela la integridad del capital social –pág. 63-... la situación típica, la que la Ley considera como referente común de gran parte de las normas de salvaguarda de capital, es la de desbalance patrimonial. Es decir: el desequilibrio que resulta del hecho de que el patrimonio neto (contable) sea inferior a la cifra de capital social... a los efectos de la reducción forzosa de capital, disolución forzosa por pérdidas, ... exclusión del derecho de suscripción preferente –pág.64-... En general, toda la normativa sobre aplicación de resultados está dirigida a garantizar la aplicación de la 'regla de oro' del art. 213.2 LS (patrimonio superior a capital social) –pág. 65-.... Es un lugar común de nuestra doctrina que la disciplina de la 'pérdida grave del capital social' –disolución por pérdidas ex arts. 260.1.4 LSA y 104.1e LSRL- tiene en nuestro Derecho de sociedades y, en verdad, en el Derecho comparado de sociedades de la Unión Europea, una finalidad 'preconursal'; preventiva de la insolvencia de la sociedad4 -pág. 66-... En cualquiera de estos casos incurre en responsabilidad el auditor que, al emitir informe de auditoría, no revelara la situación y el eventual incumplimiento de las normas legales y estatutarias –pág. 67-... La 'pérdida del capital social', como dicen nuestros textos clásicos y la Segunda Directiva, es un indicador anticipado de crisis empresarial que ha tenido una singular fortuna. Cuando, en la terminología de la Ley, las 'pérdidas disminuyen el haber social', se produce una situación indeseable desde la perspectiva de la función garantista del capital social –pág. 68-... No cabe la menor duda de la mejor 'calidad' preventiva de un hipotético modelo societario

⁴ Cita entre otros a G. Esteban Velasco "Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución, RdS núm 5, 1995 p. 70, y E. Beltrán Sánchez *La disolución de la sociedad anónima*, 2ª. Ed., Madrid Civitas 1997 p. 147 y ss..

alternativo al tradicional del capital social. Su adopción significaría un cambio de paradigma científico o social...-pág. 69-“.

Pero mientras esto no ocurra es un buen indicador y debe aplicarse conforme normas imperativas de la ley societaria, y ante la dificultad de adoptar otros, el A. expone a ág. 75 “Por eso he dicho que la regla de oro de la ‘correspondencia del capital social y del patrimonio’ tiene una saludable eficacia preventiva con un mínimo coste... Desde siempre se ha tratado de conjurar el miedo a lo desconocido poniendo un nombre a lo que se ignora. Se acude al término de ‘infracapitalización’ para describir una situación de riesgo grave de continuidad por causas financieras” –pág. 76/7-.

“... objeto de exigir de la dirección una opinión expresa sobre la continuidad de la empresa” –pág.88-“, el autor funda la prevención en la responsabilidad de administradores y auditores, y el rol de la contabilidad y de la memoria, “A los efectos de nuestro estudio bástenos a que dejar constancia de que la normativa de ‘pérdida grave de capital’ desempeña una posición crucial en nuestro Derecho societario preconcursal. Por una razón obvia: por el rigor de la ‘sanción’ (responsabilidad solidaria de los administradores por las deudas sociales)...” –pág. 148- Como estudia la doctrina que se ocupa de la infracapitalización material, a la que antes me referí, mediante la técnica, y con los fundamentos heterogéneos aducidos por doctrina y jurisprudencia que se han ocupado del caso, el remedio y técnica del ‘levantamiento del velo’, se funda básicamente en la teoría del abuso de Derecho.... Como es sabido, pueden pensarse, en base a esa doctrina, en ‘penetrar en el sustrato de la persona jurídica’ para exigir responsabilidad a los administradores y a los socios –rectius: a los socios de control, a la dominante...- por los perjuicios causados por el impago de las deudas sociales en caso de manifiesta y abusiva infracapitalización (notoriamente insuficiente dotación de recursos propios). -149-... Aun a riesgo de parecer osado, me parece muy conveniente hacer una serie de recomendaciones ahora que, parece, vuelve a discutirse la reforma de la legislación concursal. No estaría de más aprovechar la ocasión para introducir en la Ley de Sociedades ciertas reformas de detalle que hagan posible un desenvolvimiento realista del mecanismo preventivo de la alerta...” –pág. 153-“, que el A. concreta en el informe de gestión, y que sin duda esta en las previsiones sobre la redacción de la Memoria en el derecho argentino.

El A. centra su mirada en el art. 209 LS anónimas española, en el rol de la auditoría y de como cumplir adecuadamente con ese rol preventivo de las crisis en la labor profesional, conforme las reglas de la misma.

Efraín Hugo RICHARD

Córdoba, julio de 2014.