

# EL DERECHO EN EL SIGLO XXI (VISIÓN DE UN COMERCIALISTA)\*

*LAW IN THE 21st CENTURY: A COMMERCIALIST VIEW*

*Efraín Hugo Richard \*\**

**Resumen:** El derecho debe asegurar la convivencia y la paz social. El derecho comercial debe facilitar y promover la actividad productiva y el trabajo digno, desalentando los incumplimientos. Seguridad jurídica, predictibilidad y solución rápida de los conflictos “con buena fe guardada y verdad sabida” son los pilares de un sistema jurídico equilibrado para el desarrollo del país y de su comunidad.

**Palabras-clave:** Derecho comercial - Seguridad jurídica - Solución rápida de conflictos.

**Abstract:** The Law must ensure coexistence and social peace. Commercial Law must facilitate and promote productive activity and dignified work, discouraging non-compliance. Legal certainty, predictability and swift conflict resolution based on the principles of “good faith and known truth” are the pillars of a balanced justice system for the development of the country and its community.

**Keywords:** Commercial law - Legal certainty - Swift conflict resolution.

SUMARIO: I. Introducción.- II. Preocupaciones.- III. Situación socio-económica.- IV. El viejo corazón del derecho comercial.- V. Estado de la legislación mercantil en la Argentina.- VI. El contenido del derecho comercial.- VII. Como conclusión: contribución del derecho comercial a la humanidad del siglo XXI.

## I. Introducción

Hace 16 años, en el mes de septiembre de 1998, formalizamos una comunicación al Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho que se desarrolló en

---

(\*) Trabajo presentado para su publicación el 27 de agosto de 2014 y aprobado el 18 de septiembre del mismo año.

(\*\*) Profesor emérito y director del Departamento de Derecho Comercial y de la Navegación en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC) y Doctor “Honoris Causa” por varias universidades. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Director del Instituto de la Empresa (ehrichard@arnet.com.ar).

Córdoba (1): “Ante el descreimiento en el sistema jurídico y judicial, la proyección del derecho mercantil para colaborar al orden de un orden social más equilibrado, que asegure la gobernabilidad y la subsistencia del sistema, se estructura en volver a lo que justificó su nacimiento: 1º. Inmediatez en la resolución de conflictos, y 2º. Simplicidad de las normas, como retorno a los usos y costumbres, a través de la ética. El Estado postprivatizador, pequeño pero hábil, debería dictar menor normas, pero más efectivas. Ante la globalización económica y la uniformidad jurídica de las relaciones de cambio, los países en desarrollo deberían ofrecer el mejor derecho elegible en torno a las relaciones de organización”.

Nos imponemos un breve repaso.

## II. Preocupaciones

Apuntábamos: “En esta recoleta reunión de Academias Iberoamericanas de Derecho, hacia fines del Siglo XXI, sin demagogia, con espíritu ecuménico y globalizante, el tema propuesto impone afrontar los problemas de la realidad: ‘*Pedes in terra ad sideras visus*’, para desde allí aportar algo de nuestra especial disciplina, sin perder de vista la unidad del derecho en favor del desarrollo de la comunidad. Seguimos buscando nuevos motivos para creer en el derecho como factor de cambio (...). No hay crecimiento sin conciencia social y se da la paradoja de que en el año que se festeja 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 generación (2), se hace cada vez más difícil el acceso a la justicia y apenas se respetan los de primera generación para quienes no integran los grupos económicos que predisponen los contratos y la legislación misma. (3) Un admirador del sistema capitalista (4) señala que sólo unos pocos negarían que el capitalismo es

---

(1) RICHARD, Efraín Hugo, “El derecho en el siglo XXI (visión de un comercialista)”, en *CONGRESO DE ACADEMIAS IBEROAMERICANAS DE DERECHO*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, diciembre de 1999, pág. 779.

(2) Clasificación realizada por Karel Vasak en los años setenta, en su Teoría de derechos del hombre de la solidaridad. Dicho autor dividía a los derechos humanos en los de primera generación: los derechos civiles y políticos (que él llamara derechos de la libertad), de segunda generación: los derechos económicos, sociales y culturales (denominados como derechos de la igualdad) y de la tercera generación: los derechos al medio ambiente decente, al agua limpia, al aire puro, y el derecho a la paz (derechos de la solidaridad). Lo exponemos más ampliamente en la comunicación con la Prof. Emma Mini de Muiño al I CONGRESO EUROPEO DE LATINOAMERICANISTAS sobre DEUDA EXTERNA Y DERECHOS HUMANOS, realizado en Salamanca, 26/29 de junio de 1996, intitulado Deuda externa y subdesarrollo, y hemos vuelto sobre ello en esta Revista de la Facultad, con la misma autora y Orlando Manuel MUIÑO “El mercado financiero global”, en *Revista de la Facultad*, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Vol. IV, n° 2, Nueva Serie II (2013), págs. 39 y ss.

(3) 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, activamente dañosa para la sociedad, los socios y los terceros.

(4) Nos estamos refiriendo a Edward W. YOUNKINS, profesor en la Universidad de Wheeling, Virginia, EE.UU., y a su artículo “Negocios y ética en una sociedad libre”, en *La Voz del Interior*, Córdoba 17 de diciembre de 1997, p. 16-A.

el sistema económico más productivo y eficiente, especialmente luego del colapso del comunismo soviético, pero reconoce que aun 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 del gobierno es el de proteger los derechos naturales del hombre”

En momentos que se incentiva el reconocimiento de “derechos humanos” la realidad es bien otra, oscilando los índices de marginación económica, con sistemas de educación y de salud opinables, bolsones de significativa pobreza urbanos y rurales. No se ha podido superar la marginación social y muchos beneficiarios del progreso se marginan del orden jurídico, sea del sistema impositivo o del penal.

### **III. Situación socio-económica**

Nos introducíamos en el marco social, o sea la realidad de la que debe partirse, y que advertible corresponde a una globalización económica y cultural, generada por la velocidad de traslación de noticias y capitales. Globalización económica conforme a la cual se sugiere dejar actuar al mercado, tanto como un retiro de la acción y presencia del Estado.

En esa dirección, el presidente de los Estados Unidos de Norte América en el año 1998, al hablar desde Rusia expresaba: “Como amigo les digo: no crean que pueden desafiar las reglas de la economía global de hoy, más de lo que yo puedo desafiar las leyes de la gravedad”.

Pero no aceptamos tal afirmación, pues hoy en el medio de la crisis global de economías y mercados de valores puede advertirse que se pide liberalización para aumentar la competitividad, pero los países más poderosos -o los grupos económicos que desde ellos actúan-, se posesionan en el estratégico mercado de capitales (5), y asumen unilateralmente políticas proteccionistas de comercio internacional.

Parecería que se intenta mantener -o generar- un mercado global de consumidores en favor de los estados o regiones más poderosos. Es que las leyes de mercado sólo corresponden a un marco de libre y perfecta competencia, lo que implica una utopía pues la posición dominante en las relaciones económicas y jurídicas ha sido y es una realidad (6), y las inquestionables leyes de protección a la libre competencia, anti monopolios y de lealtad

---

(5) La suba de menos de un punto respecto al monto de los intereses que liquidan los Bonos del Tesoro de EE.UU. actúa como aspiradora de capitales que operaban en los países en desarrollo.

(6) Las leyes de mercado son una expresión usada como barrera para que el Estado tenga pretexto para no intervenir, pero significa más o menos que no hay leyes y que el poderío económico puede hacer lo que quiere.

comercial (7) resultan de dudosa efectividad, incluso las que hoy -septiembre 2014- se discuten en el Congreso de nuestro país.

En el marco de la realidad de nuestra comunidad nacional puede verse que existe una sectorización económica cada vez más acentuada, de cada vez más muy ricos, mientras se produce una consolidación de grupos económicos de actuación mundial, que cada vez se ligan más sin perjuicio de mantener una apariencia de independencia por las sociedades en que están organizados. Frente a ello cada vez más pobres, con evidente afectación de la tradicional "clase media". Esos grupos económicos cada vez más fuertes gravitan sobre los Gobiernos que tienen la urgencia cíclica de obtener votos para asegurar su permanencia, que les impone disponer de fondos para sus campañas, con políticas demagógicas para ello sin pensar en políticas a largo plazo, agrandando el sistema burocrático con menos eficiencia. Hasta hoy comienza a hablarse de una modificación del contenido a la llamada "clase media" -*new middle class*- con los trabajadores pobres -*new working poor*- pero con empleo en blanco.

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 veces (8)-, para influir sobre los cursos de acción (9), de actuales e incluso futuras administraciones políticas. Se generan grupos de protesta diaria, no institucionales, que alteran la convivencia, pero que se corresponden con la referida ineficiencia del Estado -en sus tres poderes- para atender los reclamos, sea para solucionarlos o disuadirlos, pues no hay un sistema de mediación o reclamo institucional.

Paradójicamente los grupos económicos intentan estar por encima del mercado, evitando sus riesgos, los que intentan poner a cargo de otras empresas por medio de sistemas de comercialización o relaciones de agencia, dentro de lo que concebimos como el derecho de las relaciones de organización (10).

---

(7) Basta con ver los cuestionados premios al consumo que se formalizan en cualquier hipermercado o en productos de consumo masivo contrariando la disposición de la ley que descarta cualquier forma de sorteo o de azar.

(8) Nto. "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", en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, Serie II obras, No. 22 p. 205 y ss.

(9) AARON, Raymond, citado por LANYI, Anthony, jefe de la División de Estudios sobre Países en Desarrollo del FMI, en conferencia dictada en Buenos Aires, 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".

(10) Ntos. "En torno a relaciones de organización y el sistema de derecho privado" en el *Dial Express.com*, Newsletter jurídico, edición electrónica del martes 8 de octubre de 2013. Año XVI, n° 3854; "Fraccionamiento de la responsabilidad frente a consumidores y terceros a través de los contratos de colaboración" en libro colectivo *Los Derechos del Hombre. Daños y protección a la persona*, Bs. As. Febrero 1997. Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo, IV CONGRESO INTERNACIONAL DE DAÑOS, Bs.Aires, Abril de 1995), p. 265.

Correlativamente con ese poder de los grupos económicos sobre los Gobiernos se ha inducido una política de privatización de servicios públicos con consumidores cautivos, a partir de la British Telephone en el año 1984, que les aseguran el mercado, obteniendo también de gobiernos débiles especiales ventajas en la compra de las compañías estatales mediante el pago con bonos de la deuda externa sobrevaluados. Así las privatizaciones de los '90 fueron entramadas desde el inicio con un "*leverage buy out*" ilegal, tema sobre el que se podría volver, pues nuestra Corte ha declarado la cuestión imprescriptible e inconfirmable, como lo referimos más adelante.

1. Enfrentando esas realidades, aparece un intento desesperado y muchas veces contraproducente, de países emergentes (o mejor dicho de sus Gobiernos, en su transitoriedad) de mantener puestos de trabajo y de mejorar su balanza comercial (no la de pagos) hipotecando su futuro: generando más deuda externa con la consiguiente presión tributaria al imponerse las partidas presupuestarias para atender aquella deuda; otorgando beneficios extraordinarios a aquellos grupos económicos que ofrece radicarse en el país (antes de varias actividades, hoy las petroleras) generando la destrucción de sus pequeñas y medianas empresas al generar en beneficio de aquellas una competencia no igualitaria; no advirtiendo la sectorización del crédito que no atiende a las pymes en iguales condiciones que a las grandes compañías generando un "costo local" que elimina toda competencia; facilitando que las pymes carenciadas de crédito y en su afán de subsistir, financien a las grandes compañías nuevas en su radicación (hipermercados, ensambladoras, etc.) produciéndose una transferencia de recursos irrecuperable; imponiendo reformas laborales que eliminen un supuesto costo regional, aceptando incluso a niveles de remuneración inaceptables (11), por debajo del mínimo social.

Se advierte grandes concentraciones económicas que eluden el riesgo del mercado (12), y con mayor capacidad de negociación imponen a las pymes o a microempresas la situación de proveerlos en la medida que le requieran, en las condiciones que le impongan e incluso con el financiamiento asegurado por el más débil, conforme una decisión estratégica adoptada por el contratante con mayor información y que toma la decisión de intervenir en el mercado con el apoyo de empresas dependientes contractualmente (13).

---

(11) Un admirador del sistema capitalista (Edward W. YOUNKINS, profesor de la Universidad de Wheeling, Virginia, EE.UU., en su artículo "Negocios y ética en una sociedad libre", publicado en *La Voz del Interior*, Córdoba, el 17 de diciembre de 1997, p. 17-A) 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 de 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 del gobierno es el de proteger los derechos naturales del hombre.

(12) Nto. "Fraccionamiento ..." cit. en nota 10.

(13) Nto. *La reparación de daños y el acceso a la justicia (visión de un comercialista)* en libro "Estado, Poder Judicial y Derecho de Daños" de pág. 71 a 87 Coordinado por el Prof. Carlos A. GHERSI *Derecho de Daños. Economía. Mercado. Derechos personalísimos*, Edición Abeledo Perrot, Buenos Aires 3 de junio de 1999 en cap. I.

Paralelamente, los países ya desarrollados garantizan la subsistencia de sus empresas (sociedades o grupos) generando trabas arancelarias o para arancelarias a los productos de países emergentes que no respetan el “mínimo social” o sea los salarios o seguridad de los trabajadores, por considerarlas prácticas de “*dumping*” (14); imponiendo sus legislaciones de protección a los derechos intelectuales para recibir los fondos por las licencias en su balanza de pagos. Y, ante la necesidad de capitales, por su prestigio y recursos de su balanza de pagos, absorben cuando necesitan fondos del mercado mundial aumentando las tasas de sus bonos públicos (Bonos del Tesoro de EE.UU.), generando corridas de los capitales golondrinas, hoy acentuada por una desconfianza autogenerada por conductas especulativas anteriores. Los países marginales reaccionan con trabas a operaciones internacionales que alteran convenios bi o multilaterales, incapaces de desarrollar políticas de largo plazo y acosados por el déficit fiscal unido al de la balanza de pagos.

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 las “extra zonas” no podrán subsistir ante la continua erosión de su producto bruto nacional (ya menguado por sus problemas de desarrollo) por aquellas dos erosiones: transferencia de utilidades (por la 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” (15).

Hemos trabajado intensamente sobre la fuga ilegal de divisas (*indirect doing business*), los paraísos fiscales (*tax heaven*), la necesidad de no financiar externamente el déficit fiscal sino destinarlo a obras de desarrollo autosustentables (negocios en participación, etc.) (16).

El shock de esta internacionalización de “roles” implicará capitales improductivos en una zona y desocupación por falta de capitales de riesgo en la otra zona.

Compartimos la idea de un capitalismo productivo (17).

---

(14) RICHARD, Efraín Hugo, “Daños causados por el Dumping” en libro colectivo *DAÑOS Globalización - Estado - Economía*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 2000, p. 57.

(15) 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, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1990.

(16) Nto. en Libros del X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, tomo II “Negocios en participación gestados por sociedad anónima como forma de financiamiento de negocios específicos” con Jorge Fernando Fushimi p. 481.

(17) “El Mercado Financiero Global”, con Orlando Manuel MUIÑO y Emma Elena MINI, en *Revista de la Facultad*, Vol. IV · N°2· Nueva Serie II (2013) págs. 39 a 65, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba - argentina. Resumen: El fenómeno de la actividad financiera globalizada y especialmente cuando la misma proviene de entidades financieras *off shore*, es un fenómeno que afecta a todos los países y que -particularmente en Argentina- ha tenido efectos catastróficos, no solo en el ámbito económico, que aquí nos interesa destacar, sino

2. En un proceso de desregulación del Estado ante la globalización económica -en el que suelen no enrolarse los gobiernos para asegurar votos a través del empleo público y la burocratización que atenta la generación de puestos de trabajo privados potenciando lo que se denomina “costo de la mediación jurídica” (18)-, el paradigma debería ser un Estado pequeño pero muy fuerte para asegurar la libre competencia dentro del mercado nacional, interviniendo ante las desigualdades que genera el poder de contratación, recuperando los principios básicos del derecho al limitar la autonomía de la voluntad: en virtud de la equidad y la buena fe negocial (la “*equity*” de los anglosajones), el orden público y las buenas costumbres, el “*favor debilis*”, salvo que decidamos abjurar de los principios que iluminan nuestra legislación respecto al derecho patrimonial económico.

Únicamente gobiernos fuertes con grupos de trabajo coherentes y desinteresados, que asuman los roles fundamentales en torno a los fines y funciones del Estado podrán paliar ese estado de cosas. Se habla (19) de “superar el derrumbe del modelo tradicional de América Latina de intervención estatal, de su capacidad de adaptarse a transformaciones globales de la economía mundial y también, y quizá sobre todo, transformar la apertura e incluso la modernización económica en desarrollo social ... atendiendo a que si los neo populismos fracasaron, el neo liberalismo también conduce a graves peligros cuando se reduce a un pilotaje desde el exterior que acarrea una acentuada dualización social y la ingobernabilidad...”, por lo que se hace necesario fortalecer los actores y responsables de decisiones políticas y, ante todo, el Estado, debiendo ser el objetivo principal de las acciones el fortalecimiento de la capacidad de decisión del Estado. América Latina necesita encarar el desarrollo endógeno, lo que supone la capacitación de actores, sociales, autónomos y la capacidad del sistema político de administrar sus conflictos, creando o reconstruyendo los núcleos endógenos de desarrollo. Se trata ni más ni menos que reforzar al político y al empresario nacional, para que pueda adoptar decisiones internas enfrentando las instrucciones exógenas contrarias al desarrollo social”, y expandirse hacia el exterior como respuesta a la globalización.

Expresaba Federico Caffé (20) que la difícil conjunción intelectual de juristas y economistas puede surgir de la comprobación de dos derrotas. De cómo la ingeniosidad jurídica no ha logrado todavía dominar la complejidad desestabilizante de las estructuras financieras del capitalismo maduro (que son, al contrario, frecuentemente favorecidas en resguardo de derechos de tipo paleocapitalista). Y de como el arsenal técnico mate-

---

también fiscal. Teniendo en cuenta la sanción de la ley 26.860, que permite el polémico mecanismo del comúnmente denominado “lavado de dinero”, nos formulamos un interrogante crucial: ¿Para qué sirve un “blanqueo” si no se cierran los canales de huída de divisas? Volviendo así, sobre un tema que es fundamental en la organización social de un país, particularmente para fomentar un capitalismo productivo.

(18) Se trata de los costes de instalación de una empresa de cualquier naturaleza en gastos burocráticos, honorarios de profesionales, sellados, etc., unido al tiempo de tramitación.

(19) TOURAINÉ, Alan “Seis hipótesis sobre América Latina” en *Revista de Derecho del Mercosur-Revista de Direito do Mercosul*, Ed. La Ley, tomo 1º mayo 1997 p. 41 y ss.

(20) Economista italiano, en su ensayo “Derecho y Economía: un encuentro difícil” en RDCO año 17 p.759 y ss.

mático econométrico de los economistas no pudo todavía impedir que sea necesario recurrir a la irracional destrucción de cosechas agrícolas o a la embarazosa acumulación de “stock” invendible, a pesar de que centenares de hombres en el mundo sigan muriendo por inanición. “Colijo que el derecho es un medio de servicio, es un modo de fijar los comportamientos, un método de estructurar las leyes de convivencia, y debería ordenarse no como un fin en sí mismo sino para servir a la formulación de esas reglas. No obstante ello ese método permite dar unidad y congruencia al sistema de regulación. Hoy las normas pierden esa unidad, el derecho pierde significado frente a la formulación de las normas con apariencia de derecho para servir fines económicos no integrados a un sistema de solidaridad social”.

Pero nuestra preocupación es mucho más aguda que la grave degradación de un método científico de base de ese sistema de convivencia, y deseamos compartirla, como lo hicimos al incorporarnos hace 30 años a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba ensayando sobre “El posible futuro del derecho mercantil”. (21) Parece hoy, por los anticipos reseñados que estudiar un derecho de la economía llevaría a la desesperanza. La aplicación tradicional del derecho nos ha llevado a este estado de cosas. Ante los hechos y actos “económicos” parecen impotentes las normas jurídicas de defensa de la sociedad, de la República. Es que quizá hemos perdido la capacidad de legislar, pensando sólo en la coyuntura, con visión cortoplacista.

Así como en sus orígenes las partes científicas del derecho se habían multiplicado según un criterio temático, de división del sistema normológico en: derecho industrial, concursal, del trabajo, civil, etc., las categorías del saber científico se articulan hoy con un criterio metodológico que invierte el esquema, de derecho de... a... de derecho, como explica Galgano en su *Historia del Derecho Mercantil*. A las formas clásicas de la filosofía del derecho y de la historia del derecho, se añaden la sociología del derecho, la política del derecho, la cibernética jurídica, la etnología jurídica y, porque no, la economía del derecho, que no es lo mismo que el “análisis económico del derecho”, si bien integrable. Aquella supone normas más efectivas, este último puede colaborar en preceder efectos.

Quienes reflexionan sobre política e instituciones no pueden permanecer indiferentes ante el malestar alrededor del neoliberalismo que cundió en los 90. Los descontentos son muchos por la falta o precarización del trabajo, aunque la flexibilización laboral sea una de las indicaciones de los economistas. Es que cuando caen las ilusiones quedan en pie los deberes, y estos deberes son ni más ni menos los de crecimiento con justicia. (22) Justicia en este caso está vinculada a una idea ética de solidaridad, no de aplicación coactiva de la ley.

**3.** Pensamos en un Estado post privatizador que proteja a los mercados o consumidores cautivos, que ante la revolución tecnológica que genera avances y bienestar inimaginable, trate de atenuar la sectorización social que puede alterar la gobernabilidad

---

(21) Publicado en *Anuario de Derecho Comercial*, tomo 2, Ed. Fundación de cultura universitaria, Montevideo 1985.

(22) Las ideas corresponde a FRIAS, Pedro J. “El malestar del neoliberalismo” en *La Voz del Interior*, diario del 29 de enero de 1998, p. 11 A.



y generar un apocalipsis psicológica si, como augura el sociólogo americano Jeremy Rifkin, la desaparición del trabajo, tal cual como lo concebimos en este momento, es sin regreso (23).

Desocupados, subocupados, atraídos por las grandes urbes, aglomerados, multiplican los problemas de convivencia, solidaridad, subsistencia, seguridad y distribución de bienes. No es un buen panorama.

El coro griego anticipaba a los protagonistas de sus tragedias su triste final sin modificarlo...

#### **IV. El viejo corazón del derecho comercial**

Hagamos un corte en esta visión sintética del panorama económico social, que sin duda se verá agravado con la crisis económico financiera que vivimos estos días, cuando escribimos estas notas. Si bien no nos consideramos con fuerzas para introducir un cambio, parafraseando a Shakespeare cuando le hacía decir a Hamlet una propuesta imposible, repetía: "¡El mundo está desquiciado!, ¡Vaya faena, haber nacido para tener que arreglarlo!", éste es el desafío a que se somete a los argentinos y desafía a sus políticos en esta segunda década del Siglo XXI el tratar que grupos desinteresados y de excelencia traten de analizar la cuestión desde óptica interdisciplinaria, y los juristas aporten las técnicas que puedan utilizar los gobernantes que se interesen por esa visión.

Sugerimos así -mirando la globalización- volver la vista al viejo corazón del derecho comercial, a su origen como categoría histórica del derecho, al separarse en los tiempos de las Ciudades-Estado, cuando la diversidad y complejidad de la legislación de cada una de ellas generaba una inseguridad jurídica a los que comerciaban entre las mismas, también afectados por la demora en la resolución de los conflictos. Esa inseguridad jurídica impuso los usos y costumbres como *lex mercatoria* entre comerciantes, y la resolución inmediata de los conflictos por tribunales de comerciantes de las respectivas corporaciones, "a verdad sabida y buena fe guardada".

Desde la Revolución Francesa, por el principio de libertad e igualdad eliminando los privilegios, y luego por las insidias del cientificismo jurídico, se fue borrando ese viejo corazón. Por eso hoy la unidad del derecho privado es una realidad, pues han desaparecido las razones que motivaron la separación: los usos y costumbres son siempre reconocidos cuando la ley los acepta, y para peor no hay justicia diferenciada, y menos aún rápida...

Por otra parte existe hoy nuevamente inseguridad jurídica por el exceso de normas, su complejidad y falta de sistemática en la recopilación que hace imposible que el mejor jurista las conozca. La Constitución Nacional del año 1994 al incorporar los Tratados ha generado polémicas no sólo por la preeminencia de los mismos sino por la derogación o modificación del derecho interno, a lo que debe sumarse que el sistema jurídico se integra no sólo con Códigos y leyes nacionales y provinciales, sino con ordenanzas municipales, reglamentos y resoluciones, de tal importancia como los del BCRA y la DGI.

---

(23) En su libro *El fin del trabajo*.

1. Este estado de cosas ha sido reconocido indirectamente por nuestro Poder Legislativo al dictar la ley 24967 que impone un procedimiento para crear el Digesto Jurídico Argentino, en cuyo artículo 8° impone la publicidad por “caracteres magnéticos y medios informáticos... que garanticen la identidad e inmutabilidad del texto”, texto que seguirá una apropiada sistemática, considerando derogada toda norma no incorporada a ese cuerpo normativo. Por último y en cuanto al contenido formal del derecho comercial, apuntamos que cuando tiene media sanción el Proyecto que genera un Código Civil y Comercial unificado, y una Ley General de Sociedades, se ha aprobado por ley 26.939 de ese Digesto que, lejos de dismantelar el Código de Comercio lo engrosa, incluso ha incorporando leyes hoy independientes como lo son centralmente las leyes de Sociedades y de Concursos, además de muchas otras (24), con aplausos y críticas por el método empleado.

2. Cubierto ese aspecto en torno al conocimiento del derecho substancial, subsistirá otra deuda en torno a la seguridad jurídica: la demora en la resolución de los conflictos. La tragedia del juicio, al decir del presidente de nuestra Corte, el Profesor y Doctor Ricardo Lorenzetti.

Es inaceptable una realidad en la que, ante el desequilibrio generada en una relación contractual o extracontractual, el reparo efectivo demore muchos años, y esto es así en todos los países iberoamericanos, que no parece pueda ser resuelta por las técnicas de arbitraje y mediación que sólo puede aliviar algunas cuestiones, pero no cuando el incumplimiento o la dilación son asumidas como un comportamiento sociológico estructural -la decisión de no cumplir-, como la inseguridad jurídica introducida por la práctica concursal y lo que acaece en esos procesos.

Justamente estas problemáticas han impulsado los logros técnicos del derecho comercial y van delineando su nuevo contenido.

Se trata de su internacionalización -siguiendo aquello que lo justificó-, generando lo que ha dado en llamarse una nueva *lex mercatoria*, por dos vías. Una institucional por normas uniformes por la actuación del Unidroit y otros organismos, en torno al crédito documentado, la compraventa internacional de mercaderías, leasing, títulos valores. Otra proveniente de la autonomía de la voluntad, a través de la generación de los llamados contratos “autónomos” o sea inmunizados del derecho substancial y procesal, donde el contrato fija las normas aplicables o el derecho del país determinado -eliminando las normas de reenvío de derecho internacional privado que contenga el derecho de ese país, y fijando el arbitraje o jurisdicción de tribunales de un país determinado para ciertas contiendas; donde la parte dominante en estos contratos prevé el incumplimiento de la otra imponiéndole que otorgue garantías bancarias a primera demanda (25).

---

(24) Hemos formalizado un análisis crítico junto con el Prof. Dr. Orlando Manuel MUIÑO “El nuevo digesto jurídico argentino y el proyecto de Código Civil y Comercial: Reestructuración del Código de Comercio en su agonía”, en *Digesto Jurídico Argentino* Ed. ErreIus, Suplemento Especial. Doctrina ley 26939. Anexo de normas vigentes, p. 33 y ss.

(25) ALEGRIA, Héctor “Las garantías abstractas o a primera demanda en el derecho moderno y en el proyecto de unificación argentino” en *R.D.C.O.* año 20 p. 685; WALD, Arnoldo “Algunos aspectos de la garantía a primera demanda en el derecho comparado” en *R.D.C.O.* año 23 p. 651.

Claro está que estas previsiones se refieren a relaciones de cambio y no a relaciones de organización que siguen sometidas, en particular en lo que se vincula a creación de centros de imputación de derechos a las normas del país del domicilio, del registro o del establecimiento según corresponda (26).

Como consecuencia de las exigencias tanto en disminuir los riesgos de la inversión como los riesgos de la producción se han generado nuevas técnicas de imputación de derechos, para las primeras con la creación de fondos fiduciarios, fondos comunes o fideicomisos, y para dividir los riesgos de las empresas usando técnicas de personificación, patrimonialización o de privilegios para multiplicar o alterar aquellos centros de imputación.

También tiene una clara internacionalización todo lo referido a la ingeniería financiera, como técnica de proveerse de capitales para el desarrollo productivo, pues los recursos financieros en sí mismos carecen de sentido y parte de esto es lo que ha desatado la crisis actual: excedencia de recursos financieros no aplicados a la producción.

3. Y en este aspecto la globalización financiera ha llegado a entender la necesidad de tratar la “insolvencia soberana” (27), ante el endeudamiento de países facilitado por el capitalismo financiero, que correlativamente debería imponer el estudio de acotar los paraísos fiscales y esos préstamos para paliar déficit fiscal, imponiéndolos solo para desarrollo, con pago vinculado a ese proyecto, o sea conforme a las previsiones del art. 1531 del Proyecto de Código Civil y Comercial con media sanción del Senado.

## V. Estado de la legislación mercantil en la Argentina

Claro que el panorama argentino, en esos aspectos, no era ni es todo lo alentador que podríamos esperar, pese a que la técnica jurídica ha intentado aportar los logros del derecho extranjero en una aplicación con buenas intenciones a la realidad local, quizá sin un adecuado análisis económico del resultado de la norma, siguiendo, en algunos casos, construcciones dogmáticas opinables, particularmente en el tratamiento de los incumplimientos individuales y colectivos, esto último involucra la insolvencia societaria que aumenta los costos por riegos empresarios.

En materia de Ley de Bancos, cuando gozamos de la ley más avanzada, particularmente en las facultades y mecanismos para intervenir preventivamente, los perjuicios al erario público a través de las cuentas Adelantos y Préstamos alcanzó un monto similar al de la actual deuda externa, antes de ser eliminados como activos insubstanciales. Los ahorristas de bancos en liquidación siguen penando por la restitución de los fondos confiados, mientras los accionistas de las entidades en liquidación ensayan importantes aventuras judiciales -algunas de las cuales ya han tenido éxito-.

---

(26) Nto. *Relaciones de organización - Sistema societario*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2007, capítulos I y II.

(27) Nuestra Universidad Nacional de Córdoba lo hará en el Congreso Iberoamericano de Derecho de la Insolvencia que estamos organizando para el 6 de septiembre de 2015 en las Sierras de Córdoba.

Al mismo tiempo se siguen transfiriendo espuriamente fondos al exterior simuladamente a través de lo que hemos dado en llamar “*indirect doing business*”, cuya operatoria es de público y notorio (28), y al mismo tiempo no se aplica el art. 19, LSA (29).

No parece restituida al sistema la confianza perdida en el año 2002, ni investigadas las prácticas ilegales de transferencia de fondos a los paraísos fiscales.

En relación al sistema concursal, ya apuntado, se advierte la no aplicación estricta de los plazos previstos en la Ley de Concursos 24.522. Lo referido a la demora de los juicios contenciosos cabe también para los concursales. La nueva ley no estimula la presentación temporánea, que es uno de los objetivos de toda ley concursal: prevenir o actuar lo más rápidamente, pues ante la advertencia del estado de insolvencia por los administradores los mismos no son incentivados a una presentación oportuna, habiéndose desactivado las acciones de responsabilidad en la quiebra. Por otra parte se han incentivado y toleran prácticas abusivas, particularmente en concursos preventivos o acuerdos preventivos extrajudiciales de sociedades, violando normas imperativas de la ley societaria o del código civil en perjuicio de los acreedores (30).

Exhibimos una legislación societaria muy moderna -que incluso previene preconcursalmente las crisis- pero que incorpora centros imputativos y prohibiciones que generan zonas grises y desarticulan el sistema societario, que se intentan paliar en la unificación de Código Civil y Comercial, y en el proyecto de Ley General de Sociedades, tratando de despejar interpretaciones restrictivas internas a la colaboración empresaria y a los financiamientos en colaboración, poniendo en riesgo contratos de “joint venture” o de colaboración atípicos, por la calificación que pueda luego dárseles alterando sus efectos jurídicos (¡inoponibilidad del contrato!), obligando a constituir sociedades.

---

(28) Ntos. “Quiebra en el país de sociedad extranjera (un fallo de la Corte basado en el *indirect doing business*)”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, n° 258 mayo 2009, p. 523 y ss.; “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, p. 1 y ss.

(29) CAMERINI, Marcelo A. y nosotros “El caso CURATOLA y su relación con las sociedades de objeto lícito, con actividad ilícita”, en *RDCO* pág. 701 (tomo B Doctrina) año 42, tomo 2009 B, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2009.

(30) Nto. “Concursos de sociedades, propuestos de acuerdo con abuso o fraude a la ley” en *LA LEY*, tomo 2014-D- diario del miércoles 6 de agosto de 2014, pp. 1 a 6. INDICE: I - TESIS. II - PRELIMINAR. III - EL ART. 99 LEY 19550 Y CAUSALES DE DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES. IV - ABUSO Y FRAUDE EN PROPUESTAS DE QUITA EN CONCURSO DE SOCIEDADES. V - EL ABUSO EN LA TERCERA VIA EN CONCURSOS DE SOCIEDADES. VI - LA PRECONCURSALIDAD. VII - SOBRE LA EXCLUSIÓN DE VOTO DE CESIONARIOS PARA APROBAR LA PROPUESTA. VIII - LA ACTUACIÓN JUDICIAL DEBE DESCARTAR LA ILEGALIDAD. *Si el patrimonio de la sociedad sólo está en cesación de pagos, la quita en la propuesta o en el acuerdo logrado por mayoría implica, cuando menos un abuso de derecho y un fraude a la ley si se ha perdido el capital social. En ambos casos la judicatura no debería homologar tal abuso o fraude generado por administradores y socios, recordando normas imperativas de la ley societaria. Ese “negocio” suele calificarse en su ilegalidad por la participación de terceros por cesiones o subrogación que contrarían normas sustanciales y, además, procesales, aquí recordando a normas del Código Civil. (NOTA DEL EDITOR).*

Esta presentación, obviamente insuficiente por nuestra limitada capacidad y límites de espacio, podría llevar a referirnos a que se configuran en la actualidad las mismas observaciones que motivaron el nacimiento del derecho comercial: excesivas leyes, asistemáticas, que generan inseguridad, justicia excesivamente lenta, dificultades probatorias, un marcado ultra formalismo.

Si es advertible un interesante desarrollo en torno a la “relación de consumo” -art. 42 de la Constitución Nacional argentina-, y de la legislación de defensa del consumidor, hoy desprendida del tradicional derecho comercial, aunque se advierte desde la doctrina concursal una desajustada respuesta a la llamada “insolvencia del consumidor” pero que, en realidad, se centra en la de los asalariados y jubilados sobre endeudados, de sencilla solución.

## **VI. El contenido del derecho comercial**

Con lo indicado, sin consenso doctrinario se ha ido delineando un nuevo contenido del derecho comercial. Dejada atrás la unificación del derecho de las obligaciones y contratos civiles y comerciales (31), aparece la empresa como nuevo eje del mismo.

La empresa concebida como concatenación de actos, actividades unidas funcionalmente al que se le reconoce efectos, como ocurre actualmente en las empresas que se dedican a actividades financieras, aseguradoras, bursátiles, radiodifusión, etc. etc.

El tradicional sistema jurídico (nuestros Códigos) ha sido concebido en relación al “acto”, con un método de relaciones de cambio o de mercado.

La actividad comienza a ser regulada en forma desestructurada, como las relaciones de organización que aparecen aluvionalmente en dichos Códigos, generando la perplejidad de referirse al “contrato de sociedad” con aquél método, cuando estamos refiriéndonos hoy a un “sujeto de derecho” “sociedad”, como centro de imputación de derechos y obligaciones, como sistema de simplificación de un cúmulo de relaciones de organización. Se trata así de abordar la cuestión con un nuevo método referido a la actividad funcionalmente ligada o relaciones de organización.

El método de cambio usado en la construcción del sistema jurídico tradicional y en las ecuaciones economicistas, que es muy útil, nos distrae en la atención globalizadora del comportamiento humano con una “economía de mercado” mientras los “operadores” del mercado satisfacen sus proyecciones ocupando una franja superior, ordenadora y aseguradora de sus intereses, incluso fuera del mercado. “La competencia y la competitividad no agitan a las empresas y los mercados en la medida que se dice y sobre todo como se dice. Las redes mundiales, transnacionales, están demasiado entrelazadas, enredadas, vinculadas entre sí para que ello suceda. Se trata más bien de pretextos para disimular un interés común a toda la economía privada, interés que

---

(31) El Parlamento Europeo encargó en 1989, al jurista dinamarqués Ole Landó un Código único de contratos.

radica precisamente en estas ventajas privilegios, exigencias, permisibilidades a las cuales ella dice estar sometida debido a rivalidades temibles, amenazantes. Se trata de un conjunto de alianzas dentro de un mismo programa, una voluntad común, magistralmente administrada” (32).

Las nuevas relaciones se construyen a través de una “unidad compleja de interés”, donde se suman una serie de relaciones que no existen la una sin la otra (33). De estas relaciones se dan numerosas pruebas en complejos negocios.

Cuando hablamos de empresa nos estamos refiriendo a una apreciación de actividad organizada jurídicamente con fines lícitos, que implica no actuar con ineptitud en cuanto a afectar al medio ambiente (no contaminar), o a los hombres (seguridad social), ni operar sin los medios económicos necesarios (infracapitalización material). Podríamos estar hablando de un derecho de la producción y del consumo, inclusive refiriéndonos al trabajo como un consumo, para englobarlo dentro de las reglas de protección al contratante débil dentro de un derecho de las relaciones de organización (no del subjetivado derecho del consumidor).

Pensamos en la empresa desde el punto de vista económico como una organización generadora de bienestar y desarrollo social, satisfaciendo los intereses de inversores, técnicos administradores, de los consumidores, de los proveedores de bienes, servicios y empleo, de la comunidad donde se encuentra inserta. Esa situación impone la lucidez sobre el rol del empresario (público o privado) en su dirigir y llevar adelante una empresa que, por conceptualización no sólo debe ser una organización económica (34), sino solidaria (35). La empresa es un conjunto de relaciones jurídicas y de hecho, susceptibles de un valor superior (36).

Se trata de las relaciones de organización que hoy irrumpen en los negocios y no se encuentran debidamente atendidas en la legislación, más que para regularlas para simplemente autorizarlas.

---

(32) FORRESTER, Viviane. *El horror económico*, Ed. Fondo de Cultura Económico, Buenos Aires 1997, correspondiendo la 1a. edición en francés al año 1996, p. 136.

(33) LIPARI, Nicolo citado por GHERSI, Carlos A. en *Contratos civiles y comerciales*, tomo 2, Ed. Astrea, Bs.As. 1994, p. 35.

(34) Empresa económica implica la viabilidad de la empresa, de la empresa que no lleva en su seno su autodestrucción por económicamente inviable, cfr. nta. “La conservación de la empresa” cit.

(35) La empresa, aunque sea económicamente apta no puede actuar contrariamente al medio social, sería una actividad ilícita, como lo es contaminar, cfme. nto. *Sociedad y contratos asociativos*, cap. “La empresa”, Ed. Zavalía, Buenos Aires 1987.

(36) ARROYO MARTINEZ, Ignacio. “La disciplina de los procesos concursales. Criterios de reforma”, en *Derecho Mercantil de la Comunidad Europea* cit. p.124. Una excelente exposición sobre la empresa puede verse en RASPALL, Miguel Ángel - RASPALL, María Laura *Derecho Concursal de la Empresa*, colaboradora Débora Taborda, 2 tomos, Ed. Astrea, Buenos Aires, julio de 2014, con prólogo de Ariel Ángel DASSO, capítulo I.

## VII. Como conclusión: contribución del derecho comercial a la humanidad del siglo XXI

¿Y el futuro del derecho mercantil para colaborar al orden de un orden social más equilibrado, que asegure la gobernabilidad y la subsistencia del sistema? Particularmente para estimular emprendimientos productivos, que generen riqueza en el medio, contribuyan al erario público y generen empleo sustentable.

A nuestro entender, la tendencia en la construcción de un nuevo derecho mercantil, con o sin la delineación que sugerimos, debería basarse en volver a lo que justificó su nacimiento:

a. Inmediatez en la resolución de conflictos.

b. Simplicidad de las normas, como retorno a los usos y costumbres.

*a.* Respecto del primer punto, no se descartan las limitadas soluciones que puedan introducirse por medio de la instauración del arbitraje y la mediación, incluso judicial, pero consideramos que la cuestión debe llevarse al plano del sistema judicial frente a la conducta de incumplimiento que hoy se observa por el conocimiento del largo litigio, los costos de acceso a la justicia, la limitación de la reparación del daño y los intereses judiciales que incentivan el no cumplir los compromisos o reparar el daño.

*b.* La segunda cuestión debería sostenerse a lo que ha dado en llamarse la “Economía del Derecho”, dictando menos leyes (37) pero más efectivas, por lo menos en el campo de las relaciones de organización, bajo el principio de “libertad bajo responsabilidad” por el uso abusivo de las técnicas de imputación (personificadas o patrimonializadas).

Normas que aseguren la efectiva libre competencia, construidas en forma perfecta o pluscuamperfecta (con más de una sanción ante el incumplimiento), conforme la clasificación de Messineo. Se subraya (38) que para asegurar la moral social del sistema económico y político, debe proponerse la solidaridad sin alterar el mercado, pero condicionándolo, particularmente para asegurar la igualdad de oportunidades. Esa es una conducta ética de nuestros gobernantes: asegurar la real igualdad.

**I.** Obviamente que para asegurar la libre competencia, particularmente en relación a “empresas”, bienes o servicios que ingresan desde el exterior, el Estado postprivatizador, pequeño pero hábil, debería perfeccionar normas que atiendan a ello, evitando la sectorización de los intereses en las operaciones financieras, distinguiendo los capitales

---

(37) En el porvenir, el progreso será estrechar cada vez más el círculo de las leyes positivas y, por el contrario, ensanchar más el de las leyes naturales. Toda ley natural es un principio que se realiza por la precisión de sus consecuencias. Toda ley positiva es un expediente que se dilata por sus complicaciones” (Emilio Gilardin), pues, al decir de Tácito “Las leyes son numerosas en los Estados corrompidos”, y esta es una dificultad concreta en nuestro sistema judicial.

(38) Frías “El malestar...” cit.

golondrinas de los ahorristas que mantienen sus fondos en el país. (39) Se empieza a discutir en foros internacionales la aplicación de un “impuesto” mundial a los capitales golondrinas, percibible una sola vez al año para generar un fondo destinado a mantener la libertad de acción de esos capitales, indemnizando con el mismo los daños que generen en el país del que emigren en forma sorpresiva. Esto se corresponde también a un sistema de seguridad del sistema bancario y de seguros. Lo ideal sería pensar en el empresario, en un capitalismo emprendedor que lo apoye, estimulando sus inversiones e innovaciones. El punto debería conectarse con una política mundial de bloqueo a los paraísos fiscales, contra los cuales se declama en declaraciones sin decisiones.

Y ya hemos referencia a los paraísos fiscales, el sobreendeudamiento soberano y la indebida práctica de atender así el déficit fiscal, sin pensar en el desarrollo.

2. Debemos pensar y generar un derecho de crisis, que partiendo de la norma organización societaria permita anticiparse a la insolvencia por las normas imperativas de la ley societaria (40), permitiendo la intervención concursal subsidiaria, conforme el criterio de la Corte en Comercial del Plata, anticipándose a las crisis, incentivando la presentación temporánea previa la adopción de las medidas previstas en la legislación societaria a sus administradores, y ante la deslealtad o negligencia facilitando la promoción de acciones de responsabilidad contra los mismos. Debe sostenerse la responsabilidad de administradores societarios y grupo de control, cuando continúan el giro y toman crédito sin planificar su reembolso, incluso con la mera presentación en concurso frente a los acreedores posteriores a aquellas circunstancias, previsto en la legislación civil y en las previsiones del art. 99 LSA. (41) Hemos sostenido desde hace años la responsabilidad por infrapatrimonialización material de la que resulte daño a los acreedores, pero esta teoría se ubica en una zona gris duramente defendida por la teoría concursalista para lograr la homologación de acuerdos con quitas y esperas que no se corresponden con el uso de la estructura societaria y normas imperativas de la misma.

Nos estamos refiriendo ya no a una zona gris, ni siquiera a las “*red flags*” o señales de alerta, sino a una línea roja detectable en los balances: la insolvencia de la sociedad determinada por un patrimonio pasivo mayor o igual al patrimonio activo que importa al aprobar ese balance declarar la existencia de una causal de disolución (art. 94, inc. 5º, LS) que impone asumir ciertas conductas o la liquidación, so riesgo de incurrir en responsabilidad administradores y en su caso socios (hemos dicho cuando ratifican la presentación en concurso de una sociedad con patrimonio negativo), sin asumir la liquidación ni intentar ni la reintegración del capital ni la capitalización de la

---

(39) La ley francesa de sociedades por acciones permite otorgar doble voto a los accionistas que se mantienen por más de un año inscriptos en el Registro de Acciones respectivo.

(40) Nto. “Notas en torno a la preconcursalidad societaria. Un estudio comparado”, en *Revista de Derecho concursal y Paraconcursal*, Editorial La Ley, RPC 20/2014, Reseña Legislativa española y comparada. Madrid 2014, pp. 423 a 446.

(41) Nto. “El art. 99, ley 19550, y causales de disolución de sociedades (de cómo evitar la responsabilidad ante la insolvencia societaria)” en RDCO 260-665, sección doctrina, Buenos Aires 2013.



sociedad. La quita (42) que se intente es siempre un abuso de derecho (43), pero si existe pérdida del capital social, ante normas imperativas de la ley societaria - arts. 96 y 99, LS (44)- constituye un fraude a la ley que impide la homologación de un acuerdo donde los socios intentan transferir su obligación de reintegrar para imponer una pérdida patrimonial sin compensación a acreedores. Por otra parte no puede justificarse una quita en el concurso de una sociedad señalando que en la liquidación se percibiría menos, lo que es un absurdo no autorizado por la Ley de Sociedades, pues nacerían inmediatamente acciones de responsabilidad contra administradores y socios (45). Nos hemos referido también a “El abuso en la tercera vía en concursos de sociedades” (46).

Ese art. 99, LS, tiene un efecto similar a la previsión del art. 54 ter, LS, en cuanto a responsabilizar por los daños causados (47).

(42) “Abuso en el proceso concursal al derecho societario: las quitas en concursos de sociedades”, ponencia a las XX Jornadas de Institutos de Derecho Comercial, Mar del Plata, Diciembre 2013, en Boletín 546 “Para la cofradía concursalera” del martes 14 de enero de 2014.

(43) “Abuso del derecho societario: ¿puede concursare una sociedad declarando su insolvencia?” ponencia a las XX Jornadas de Institutos de Derecho Comercial, Mar del Plata, Diciembre 2013, en Boletín 543 “Para la cofradía concursal era” del 25 de diciembre de 2013. “Abuso al derecho societario: infracción a la función de garantía del capital social”, ponencia a las XX Jornadas de Institutos de Derecho Comercial, Mar del Plata, Diciembre 2013, en Boletín 544 “Para la cofradía concursal era” del 27 de diciembre de 2013. “Para una investigación interdisciplinaria: el abuso del proceso concursal”, en *Anuario del Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Anuario XIII*, 2011, pág. 415, octubre 2012.

(44) “El art. 99, ley 19550, y causales de disolución de sociedades (de cómo evitar la responsabilidad ante la insolvencia societaria)” en RDCO 260-665, sección doctrina, Buenos Aires 2013.

(45) “¿Podría la liquidación de una sociedad ser peor que un acuerdo concursal predatorio para justificar su homologación?”, en *Anuario XII* del CIJS, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba - Córdoba 2011 - Edición Homenaje a los 25 años del CIJS (1995 - 2010), p. 307.

(46) En *Revista de la Facultad*, Vol. I, n° 1, Nueva Serie II (2014), Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC), pág. 1. Síntesis: El abuso en los acuerdos concursales de sociedades que impiden su homologación judicial ha generado una respuesta pretoriana de ajuste: la “tercera vía”, con diversas modalidades. En este ensayo postulamos evitar que el intento judicial de ajustar la solución no implique una forma inadvertida de violar la ley, configurando un abuso de derecho, cuando no un fraude a la ley societaria.

(47) “Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial. Visión desde el derecho argentino: la preconcursalidad societaria”. *Este modo de razonar, que es la negación del que emplean para hablar entre sí las personas razonables, es el que algunos llaman “oratoria forense”* Piero CALAMANDREI. *Elogio de los jueces escrito por un abogado* (Ed. EJE Bs. Aires 1969, p. 76); en libro colectivo de Editorial Aranzadi, España, Director José Antonio García Cruces, pp. 33 y ss.; “CONFLICTOS GENERADOS POR LA INSOLVENCIA DE SOCIEDADES Y SOLUCIONES SOCIETARIAS A SUS CRISIS ECONÓMICO-FINANCIERAS-PATRIMONIALES (arts. 94.5, 96 y 99 Ley de Sociedades Comerciales)” tomo III, tratado coordinado por Diego Duprat, Parte III, Capítulo 5 p. 2793 y ss., Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2013. “Una visión rioplatense sobre las crisis societarias y cómo abordarlas ¿Un problema del derecho concursal? ( An Argentine perspective on confronting corporate crisis: Isthis a bankruptcy law issue?)”, en *Revista de Derecho* 2013, 08, de la Universidad Católica de Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, pp. 257 a 302. CONCURSOS DE SOCIEDADES. PROPUESTAS DE ACUERDO CON ABUSO O FRAUDE A LA LEY en LA LEY, tomo 2014-D- diario del miércoles 6 de agosto

“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*]” (48).

Éste 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.

Un fallo que hará historia, aplicando la norma del art. 54 in fine, LSA, ante la insolvencia de una sociedad, se acerca a la posición del presidente de la Corte en el caso “Daverede y otros”, al sostener que la norma del art. 54 ter, en cuanto a responsabilizar, está condicionada a la insolvencia de la sociedad abusada, lo que en el caso se ha generado. Se trata del emitido por la C. Nac. Com., sala F, de fecha 13 de mayo de 2014, en autos “Víctor Carballude S.R.L. s/ quiebra - Incidente de inoponibilidad de la personalidad jurídica”.

Claro que el dato que se desliza sobre la falta de integración del capital social y el no detectar activo alguno, nos hace pensar que podría haberse fundado la responsabilidad en la previsión del art. 99, LS.

Tampoco advertimos que se intente aplicar normas como las del art. 19, LSA, sobre la actividad ilícita financiera. Y el art. 19 de la Ley de Sociedades sanciona la “actividad ilícita” con herramientas adecuadamente estructuradas para impedir la continuación de la actividad y generar responsabilidad de administradores y socios. Sobre todo permitiendo -¿o imponiendo?- la actuación de oficio. O sea que un concurso no podría paliar esas sanciones.

Dentro del Mercosur, la Argentina debería ofrecer la mejor legislación en torno a las relaciones de organización, contribuyendo a que toda la zona de mercado aduanero

---

de 2014, pp. 1 a 6. INDICE: I - TESIS. II - PRELIMINAR. III - EL ART. 99 LEY 19550 Y CAUSALES DE DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES. IV - ABUSO Y FRAUDE EN PROPUESTAS DE QUITA EN CONCURSO DE SOCIEDADES. V - EL ABUSO EN LA TERCERA VIA EN CONCURSOS DE SOCIEDADES. VI - LA PRECONCURSALIDAD. VII - SOBRE LA EXCLUSIÓN DE VOTO DE CESIONARIOS PARA APROBAR LA PROPUESTA. VIII - LA ACTUACIÓN JUDICIAL DEBE DESCARTAR LA ILEGALIDAD.

(48) 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.

tienda a desarrollar una política de mercado de producción exportadora, y no meramente facilitar un mercado consumidor para grupos económicos que se establecen en la zona para exportar fondos.

Debe evitarse que la sectorización interna se traduzca también en una sectorización como país en la globalización, generando una expropiación de la seguridad interna y de la gobernabilidad. La empresa y particularmente el concentrado grupo de poder económico hoy advertible, tiene una responsabilidad especial frente a la desaparición del Estado benefactor, que va mucho más allá que la maximización de las ganancias, y ella está vinculada a la propia subsistencia del sistema, de no hacerlo por el hombre como persona y por solidaridad, manteniendo el desarrollo armónico de la comunidad, deberán hacerlo por seguridad... En el Cincuentenario de los Derechos Humanos debemos afirmar que existe la obligación de respetar los derechos de los otros, pero no sólo los derechos ya adquiridos, sino el acceso a todos aquellos que declara nuestra Constitución.

3. En el punto de volver al viejo corazón del derecho comercial, se trata de retornar a los usos y costumbres a través de la ética tomando como criterio de ello al significado primitivo, conforme a la distinción aristotélica, que lo usaba como un criterio “adjetivo”, tratando de saber si una acción, una cualidad, una conducta, un modo de ser, es o no ético. Las virtudes éticas eran para Aristóteles aquellas que se desenvuelven en la práctica y que van encaminadas a la consecución de un fin, sirviendo para la realización del orden de la vida del Estado -la justicia, el valor, la amistad, etc.- y tienen su origen directo en las costumbres y en el hábito o tendencia (49).

El término *ética* deriva del griego, con significado de costumbre, y por ello se suele definirla como la doctrina de las costumbres en las posiciones empíricas. Ética, por la definición del mismo origen, se considera a la parte de la filosofía que trata de la moral y de las obligaciones del hombre. Y un viejo diccionario enciclopédico la vincula a los “hábitos y costumbres para la práctica del bien”.

Actualmente nos encontramos en el estado de la sorpresa, de cierta decadencia... Ya no se buscan tantos pretextos ni excusas: se da por consolidado el sistema. Basado en el dogma de la ganancia, que está más allá de la leyes y las desregula a voluntad... Es sólo el comienzo. Hay que estar muy atentos a esta clase de comienzos: al principio no parecen criminales, ni siquiera peligrosos. Se desarrollan con el acuerdo de personas encantadoras, de buenos modales y sentimientos que no matarían a una mosca (50) y por otra parte... consideran lamentables, pero ¡ay!, inevitables, ciertas situaciones, y no saben

---

(49) Cfme. FERRATER MORA, José *Diccionario de Filosofía*, tomo II p. 1057.

(50) Es el momento de recordar el discurso que pronunció Paul Valéry en la Academia Francesa acerca de la virtud: “Virtud, señores, la palabra virtud ha muerto, o por lo menos está a punto de extinguirse. A los espíritus de hoy no se muestra como la expresión de una realidad imaginable de nuestro presente.... Yo mismo he de confesarlo no la he escuchado jamás y, es más, sólo la he oído mencionar en las conversaciones de la sociedad como algo curioso o con ironía. Podría significar esto que frecuento una sociedad mala sin no añadiese que tampoco recuerdo haberla encontrado en los libros más leídos y apreciados de nuestros días; finalmente, me temo no exista periódico alguno que la imprima o se atreva a imprimirla con otro sentido que no sea el del ridículo. Se ha llegado a

aún que es en ese momento, en ese preciso momento, cuando se escribe la Historia, esa que no advirtieron cuando se estaba tramando, cuando sucedían las primicias de esos sucesos que más adelante considerarán “inenarrables” (51). La pérdida de la seguridad urbana es parte de esa historia.

Ésta es nuestra contribución para mirar el orden social que se está perfilando y sugerir las técnicas del derecho, particularmente del derecho de nuestra especialidad para tratar de que el sistema jurídico tenga algún protagonismo en el cambio que todos pretendemos para el desarrollo social dentro del sistema capitalista, y que la Humanidad en el Siglo XXI tenga logros coherentes con los espectaculares de la técnica, para permitir al hombre su plenitud intelectual y moral en una comunidad coherente (52), donde la igualdad jurídica no sea una ficción ni la libertad una mera apariencia.

Nuestra posición ha sido potenciada ahora por la prédica del Papa Francisco, quien solicita una reforma financiera ética, atendiendo a que el “culto al dinero” explota a los pobres y transforma al hombre en un bien de consumo descartable (53). Se trata de activar el capital productivo, a través de los mismos bancos, pero con una intención diferente: cuestionar la especulación financiera en sí y dirigir los capitales a emprendimientos productivos, que justifiquen su participación en la creación de riqueza real.

Debemos poner en claro: ¿la globalización financiera es buena para nuestro país? ¿Es lícita la operatoria financiera electrónica de simular desde nuestro país que el cliente formalizó directamente en el exterior la apertura de una cuenta y el traslado físico de los fondos, conforme los ejemplos que acabamos de intercambiar?

Esos fenómenos corresponden a una globalización, no económica, que no existe, sino financiera (54), que se ha acentuado en la última década, devastando los países periféricos y alterando las economías en los países centrales que, con sus políticas agravan más aún la crisis en los periféricos.

Para no estar al margen de la ley habría un camino que depende tanto de la decisión de nuestro Gobierno o de los particulares damnificados conforme el criterio de nuestra Corte Suprema al expedirse en el caso “Provincia de Chubut c/ Centrales Térmicas

---

tal extremo, que las palabras “virtud” y “virtuoso” sólo pueden encontrarse en el catecismo, en la farsa, en la Academia y en la opereta”.

(51) Hemos seguido textualmente a FORRESTER, Viviane. *El horror económico*, cit. p. 154.

(52) Existe una relación dialéctica entre la infraestructura económica de los Estados soberanos y la infraestructura legal de un nuevo orden económico internacional, que debe asegurar por lo menos el derecho a la existencia, a la equidad y a la solidaridad. El desarrollo social, no obstante ello, los vemos grandemente comprometidos.

(53) LA VOZ DEL INTERIOR, Córdoba 17 de mayo de 2013, Sección A, p. 14.

(54) “La mundialización financiera”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y práctica, n° 198 pp. 351 a 366, Buenos Aires junio 2002; “La crisis argentina y la mundialización financiera”, en *Revista El Derecho* del 6 de marzo de 2002.

Patagónicas S.A.” (55), donde se apunta que la situación patrimonial de una empresa cuyo objeto concierne al interés general y se vincula con la prestación de un servicio público. Se debate un caso de nulidad absoluta, y la acción tendiente a obtenerla no es susceptible de prescribir ni de caducar, ello con arreglo a la doctrina de esta Corte: “Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas substanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original” (56).

La solución a la actual crisis sigue pasando por parámetros éticos, no sólo de mercado, pues la confianza del mercado está basada en la buena fe de los intervinientes.

Si alguien quiere pensar en “prescripciones”, logradas por las dilaciones judiciales miremos el referido antecedente.

Una reflexión final. El capitalismo productivo impone una visión diferente, de actividad empresarial privada desarrollada dentro de las políticas de objetivos nacionales diseñados establemente, creando empleo, y un Estado que fije esas políticas asegurando el desarrollo social, educativo y sanitario, sin incurrir en déficit fiscal. Quizá utópico frente a la actitud advertible de sólo obtener votos conquistando visualmente y no educativamente. ¿Molinos de viento? No, sólo pensar en los nietos, no en los bolsillos...

---

(55) Publicado en: LA LEY 2002-E, 863.

(56) En “¡Hay que largar los perros! (por los daños de la actividad financiera ilícita)”, en *Revista Foro de Córdoba* n° 165, noviembre 2013, p. 31. Año XXIII, Córdoba.

