

**V CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO
CONCURSAL, Montepulciano, Italia, 23, 24 y 25 de
septiembre de 2009.**

**“El desafío de la reestructuración de la empresa. Costos y
ventajas del saneamiento de la empresa en Italia y en
Iberoamérica. Entre la economía y el derecho concursal”.**

Comunicación:

**EL DERECHO CONCURSAL EN LOS TIEMPOS DE LA “GRAN
CONTRACCIÓN”.**

E. Daniel TRUFFAT

*Yo, que estudié las leyes y los cánones,
Yo, Francisco Narciso de Laprida
Cuya voz declaró la independencia
De estas crueles provincias, derrotado,
De sangre y de sudor manchado el rostro,
Sin esperanza ni temor, perdido,
Huyo hacia el Sur por arrabales últimos.*

(...)

*Yo que anhelé ser otro, ser un hombre
De sentencias, de libros, de dictámenes,
A cielo abierto yaceré entre ciénagas;
Pero me endiosa el pecho inexplicable
Un júbilo secreto. Al fin me encuentro
Con mi destino sudamericano (...)¹*

I.-

Hace años que con la colaboración de queridos amigos, venimos señalando que –al menos en el derecho argentino “soplan nuevos vientos”. Y, de modo muy notable, ello ocurre en el ámbito societario y concursal –aunque hay ámbitos, se verá, donde los cambios son aún mas remarcados-.

Institutos novedosos, interpretaciones jurídicas audaces (muchas veces *contra legem* o buscando un tibio apoyo normativo en valiosos pero difusos textos internacionales), han “revolucionado” el esquema técnico jurídico en

¹ Jorge Luis Borges, “Poema Conjetural”, 1943 (incorporado a “El otro, el mismo”, 1969). Francisco Narciso de Laprida (1786-1829), perito en leyes, participó del Congreso de Tucumán y le tocó presidirlo el 9 de julio de 1816, en la sesión en que se declaró la independencia nacional. El 22 de septiembre de 1829 fue asesinado durante la matanza que siguió a una de las múltiples batallas de la penosa guerra civil que duró casi treinta años, en pos de la organización nacional que recién se alcanzaría con la Constitución Nacional de 1853 –que aún rige en la República Argentina-. He convocado su trágica figura, en las letras impiadosas de Borges, porque, a diferencia de él, nosotros (lectores y autor) de este trabajo quisimos ser hombres o mujeres “de sentencias, de libros, de dictámenes” y nos fue concedida tal oportunidad. Oportunidad que debemos honrar, en especial en estos tiempos de desasosiego, básicamente: *pensando el derecho*.

que los cultores del derecho mercantil, al menos los de edad media y los aún mayores, nos hemos formado.

El hecho técnico, además está decirlo, ha generado situaciones absolutamente nuevas –y no solo el tan mencionado “e-commerce”².

La génesis del derecho comercial, al menos para operaciones internacionales - por otra parte- , está en manos de un sinnúmero de operadores que celebran innumerables contratos y sientan precedentes, recurriendo las mas de las veces a arbitrajes para solventar sus disputas, antes que al obrar de los Estados. Los usos y costumbres y la elección de jueces privados vuelve a cobrar vida como en la Edad Media. Una suerte de nueva *lex mercatoria* está siendo alumbrada³.

² En el extenso y profundo trabajo de Martorell, Ernesto E., “Tratado de los contratos de empresas”, hay un íntegro capítulo –en el T. III, pág. 635 y ss (confiado a Bekerman, Jorge M.) dedicado exclusivamente a los contratos informáticos (“...expresión que en doctrina denomina tanto a los contratos referidos a bienes y servicios informáticos como a los contratos celebrados entre computadoras, distinguiendo a estos últimos de aquellos elaborados sobre soporte papel...” [la cita es de pág. 637])

³ “...En el tiempo presente se va recomponiendo la antigua relación entre el derecho y la economía ...La sociedad global elabora un derecho propio no estatal, al cual se le ha atribuido el nombre de nueva *lex mercatoria* ... Hoy entiende de la misma forma, por *lex mercatoria*, un derecho creado por la clase empresarial, sin la mediación del poder legislativo de los Estados. Formado por reglas destinadas a disciplinar de modo uniforme, mas allá de las unidades políticas de los Estados, las relaciones comerciales que se instauran dentro de la unidad económica de los mercados...Los factores que han producido estas reglas internacionalmente uniformes residen fundamentalmente: a) En la difusión internacional de las prácticas contractuales del mundo de los negocios ..., b) Sobre todo en las costumbres del comercio internacional, es decir, en la repetida y uniforme observancia de particulares prácticas por parte de los operadores de determinados sectores empresariales con la convicción de observar un precepto jurídico, c) En la jurisprudencia adoptado por los árbitros internacionales para dirimir las controversias sometidos a su juicio adquiere el valor de un precedente, al cual otros árbitros, sucesivamente designados, suelen a menudo adherirse ...El nexo entre los usos del comercio y la jurisprudencia de las cámaras arbitrales internacionales se recoge en los laudos cuando en ello se aduce, tal como se lee en un laudo reciente, que la controversia debe resolverse con la aplicación de “las reglas que los operadores del comercio internacional consideran conformes a sus intereses y expectativas” ...Así ha

El derecho comercial por cierto no está solo frente a tales situaciones: hay áreas jurídicas donde las mutaciones son tan notables que tornan irreconocible aquellos tópicos que se estudiaban en nuestras Universidades apenas una veintena o treintena de años atrás (basta asistir a cualquier Jornada o Congreso de “derecho de familia”⁴ o de “derecho de daños”, para topar con enfoques doctrinarios consolidados que hubieran sonado a radicalización máxima en aquellos años)⁵.

El mundo posmoderno; la realidad “global” invade las relaciones humanas, y consecuentemente, impregna el cosmos jurídico. Los sistemas normativos están integrados con dispositivos de carácter extranacional (en el caso de Argentina básicamente a través de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos; Constitución Nacional: art. 75, inc. 22), expandiendo al infinito la cantera motivadora de los tribunales y permitiendo arbitrar soluciones inimaginables antaño⁶. Las consecuencias de fenómenos transnacionales –sentidos en todo el mundo “en tiempo real”- están a la orden del día.

nacido un derecho uniforme espontáneo...”, Galgano, Francesco, “La globalización en el espejo del derecho”, pág. 64

⁴ A título de ejemplo: en las recientes VI Jornadas Rionegrinas de Derecho Concursal, General Roca, 26 y 27 de marzo de 2009 –donde participé como disertante- tuve el honor de escuchar una brillante y revulsiva exposición de la jurista cordobesa Nora Lloveras sobre “Uniones convivenciales o de hecho: perspectivas actuales”; donde la especialista enfocó el tema a partir del concepto de “familias” y ya no el clásico de “familia” (en singular).

⁵ Otro hito relevante es el reconocimiento pretoriano –de la mano de diversos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación- de las “acciones colectivas”. Véase: Maurino, Gustavo –Sigal, Martín, “Halabi”: la consolidación jurisprudencial de los derechos y acciones de incidencia colectiva”, J.A., fasc. Nro. 4, 2009-II, pág. 39

⁶ Véase: Truffat, E. Daniel, “La cuestión apremiante de los “acreedores involuntarios” en los concursos, E.D., ejemplar del 14 de mayo de 2009

En el medio, además, hay una sociedad que ha perdido sus mitos “fundantes”; que ya no cree –como los hijos directos de la Revolución Francesa- en la razón como instrumento privilegiado para la solución de los conflictos y que tiene la íntima convicción que el “progreso continuo” es una *mentira institucionalizada*⁷. Esa sociedad, con muchísima noticia de sus propios derechos –y muy magra predisposición a aceptar límites en interés de los derechos ajenos y de la incardinación en un proyecto colectivo-, no trepida en “judicializar” las relaciones patrimoniales, y cualesquiera otras (pese a que no cree en los jueces y es harto afecta a las teorías conspirativas y a las descalificaciones apriorísticas). Se espera mucho del Poder, y se hace poco –o nada- para “ocupar espacios”, mediante el sencillo expediente de la participación cívica. Las críticas a los responsables de la administración están a la orden día, así como las denuncias mediáticas, pero la participación responsable y activa en partidos políticos, o –aunque mas no fuera- el castigo ciudadano ejemplar a través del sufragio, están en decadencia. Las causas colectivas generan enojos y pasiones a la hora de la queja, pero *no entibian el corazón de nadie* a la hora de la construcción y la propuesta. Todo se deja en manos de “profesionales”, que –aunque los haya virtuosos- en rasgos generales se resienten de los defectos que, a la larga o a la corta, muestran todas las capillas o grupos cerrados de poder y afines. Apenas, magra esperanza, hay algún grado de participación en cuestiones muy puntuales (en general con directa atinencia a los miembros, o a su sensibilidad) en organizaciones

⁷ La idea del “progreso continuo” es parte esencial del liberalismo decimonónico. “El liberalismo es inicialmente una filosofía del progreso indivisible e irreversible, progreso técnico, progreso del bienestar, progreso intelectual y progreso moral yendo a la par. Pero el tema del progreso se vacía poco a poco de sustancia...”, Touchard, Jean, “Historia de las ideas políticas”, pág. 401. Después de los horrores del siglo XX, e identificado el “progreso continuo” como una de las banderas de la ideología capitalista; si bien con el nimbo de haber sido el ideario de los padres fundadores de las Naciones americanas, ha perdido “charme” y consenso social. Los jóvenes posmodernos, derechamente descreen del mismo.

no gubernamentales o en fundaciones destinadas a la atención de ciertos sectores en riesgo (pobreza extrema, desnutrición, analfabetismo, violencia familiar, discriminación sexual, protección de especies animales o vegetales en peligro de extinción, etc., etc.).

II.-

Este escenario novedoso (trepidante en su novedad y en lo efímero de las nuevas circunstancias), de altísima exigencia y magro compromiso social; en una época que –se comparta o no el desarrollo de Lipovetzky- bien merece llamarse “la era del vacío”, aquellos a quienes la vida ha deparado la suerte de la educación y el gusto por el saber, aquellos que quisimos y pudimos ser hombres y mujeres “de sentencias, de libros, de dictámenes” se nos suscita un deber insoslayable: hacer aquello que mas nos gusta y que, por otra parte, se nos impone: *pensar el derecho*. Pensar en clave colectiva en pos de articular soluciones y adaptaciones que permitan proponer modificaciones legislativas sensatas y prácticas.

Si el mandato era “ese” en el terreno resbaladizo y peligroso de la “posmodernidad”, hoy es una encomienda insoslayable: el mundo –al menos en el terreno económico- *se nos ha roto*, en cuestión de meses. El “big crunch” está aquí. Todas las modificaciones y variaciones a proponer tienen el apremio de lo urgente. Millones de personas han perdido sus empleo, y otros millones los ahorros de su vida.

En tanto especialistas en una rama jurídica del derecho –cambiante y sinuosa de suyo- como es la “concuralidad”, rama del saber que se ocupa de la “patología última” de la crisis económica: *la insolvencia*; debemos proponer ideas, pocas o muchas (en verdad, aquellas que juzguemos

adecuadas), para someterlas al debate y para tratar de arribar, en la medida de nuestras propias limitaciones, alguna cuota de sentido común a la articulación de soluciones.

III.-

La “concuralidad” en tanto técnica jurídica es, básicamente, una regla de reparto de pérdidas frente al fenómeno insidioso de la *cesación de pagos*⁸. Su norte es evitar la propagación de tal fenómeno –dado que la imposibilidad de cumplimiento de un sujeto cualesquiera, bien puede desencadenar *en catarata* otras imposibilidades y así al infinito⁹.

Librado a las solas fuerzas del mercado, la impotencia patrimonial de un cierto sujeto irrogaría, una guerra de todos contra todos, la eventual satisfacción del mas fuerte, la absoluta falta de atención de los derechos de los mas débiles y la directa desaparición del baldado. Es, permítaseme el símil, lo mismo que ocurre “en la naturaleza” y sus duras reglas de supervivencia. Se podría decir del mercado lo mismo que señala la Encíclica “*Populorum Progressio*”¹⁰ sobre la naturaleza: el hambre, la miseria, la pobreza se derivan no solo de las servidumbres que los hombres

⁸ “...Esta teoría amplia del estado de cesación de pagos o insolvencia define este concepto como *el grado de impotencia patrimonial que imposibilita el cumplimiento regular de las obligaciones con los recursos normales del giro comercial*. Sus notas características son la generalidad y la permanencia, ya que debe afectar a todo el patrimonio y no sólo a una parte; también debe ser subsistente y no aleatorio...”, Junyent Bas, Francisco, “El instituto de la quiebra. Procedimientos para su declaración” en Revista de Derecho Privado y Comunitario Nro. 11, Concursos y Quiebras –II, pág. 9 [la cita es de página 18]

⁹ Efraín Hugo Richard, al analizar la situación de las empresas que prosiguen el giro sin patrimonio adecuado, señala: “...La demostración de la ineficiencia de un sistema lo constituyen las sociedades que actuando en cesación de pagos contagian ese estado a los que tengan vínculo con ella...”, autor citado, “Relaciones de organización. Sistema societario”, pág. 171

¹⁰ Paulo VI, 26 de marzo de 1967

imponen sobre los hombres, sino también de una “*naturaleza* (digamos aquí: de un **mercado**) *no suficientemente dominado*”. La ley trata de establecer un reparto adecuado, conforme reglas de justicia distributiva.

Pero además, y el tema toma otro cariz en vía preventiva, cuando se está frente a un sujeto recuperable [en tanto obtenga una sensata reestructuración de sus pasivos], cuando está en juego la preservación de fuentes de trabajo insusceptibles de ser recreadas por un nuevo emprendedor que “tome la posta”, cuando el daño hace prever un “efecto dominó” que afectará intereses colectivos, el planteo legal se vuelve más ambicioso: obvio que hay “socialización del daño” pero con una finalidad e interés aún mas noble e importante que la prevención de la desazón que sigue a un reparto inequitativo. Se convoca a todos los afectados (reales o potenciales) de la cesación y se pide de ellos un sacrificio particular: que resignen parte de sus acreencias, o que acepten la mutación del objeto, o que otorguen esperas –siempre conforme la regla de la “par conditio”- para permitir la sanación del sujeto afectado por la impotencia patrimonial ¹¹. Este (o sus propietarios) no podrán, o no –al menos- no deberán, “hacer negocio” de tal contribución colectiva, pero sí recibirán de tal esfuerzo común la provisión de condiciones mínimas para superar el mal momento

¹¹ Este enfoque se enrola en un mix entre el segundo y el tercero de los métodos que identificó Bisbal Méndez respecto de los procesos concursales: “... El tercero de los métodos ubicados por Bisbal Méndez es el que llama “de mercado corregido”, y que opera sus modificaciones mas importantes en las denominadas “crisis reversibles”. Ejemplo, los procedimientos de “suspensión de pagos” destinados al tratamiento de situaciones de mera iliquidez. Los mecanismos de este método frecuentemente conviven con otros del método gubernativo, a pesar de que no representan cambios sustanciales respecto de las maneras del método tradicional. En esa línea encuentra el autor a la “reorganization” estadounidense, la “suspensión provisoria de las ejecuciones” frances (cuyos principios, con la reforma de 1985, se extendieron a todo el sistema concursal) y “al administración de grandes empresas en crisis de Italia..”, Rubín, Miguel E., “Evolución de los procesos concursales”, en Instituciones de Derecho Concursal, pág. 25 [la cita es de página 26]

(o, al menos, lo recibirá la empresa ¹², si la solución consistiera entre otras medidas en el cambio de titulares). Un concurso rehabilitatorio que no contemple un “sacrificio compartido” sería un abuso. Pero un concurso que intente que todo el padecer recaiga exclusivamente sobre los hombros del vector infectado por cesación, concluirá en un fracaso [y devendrá un mecanismo de distribución social de los daños conforme las reglas apuntadas mas arriba] ¹³. No se trata de caridad, o de demagogia, o de excesiva benignidad con los perdedores según las reglas del mercado. No se trata de condonación de errores y fallas personales [aunque todo esto podría llegar a darse en casos extremos]. Se trata de una política de autopreservación por parte de los acreedores. Intereses superiores del

¹² “...Desde que comenzó a emplearse el “método gubernativo” se viene trabajando con un conjunto de ideas que hoy aparecen receptadas por el principio de “conservación de la empresa”. La empresa es mucho mas que los bienes que la integran. La combinación armónica y dinámica de los elementos subjetivos y objetivos (personas, elementos materiales y tecnología) tiene un valor para los particulares y un valor –también- para la sociedad. Maffía ha demostrado que la política de conservación de las empresas socialmente útiles desplazó a la liquidación falencial del lugar prioritario que ocupaba desde su origen...”, Rubín, Miguel E., op ya cít, pág. 27

¹³ “...A poco que se mire se advertirá que el derecho concursal argentino, antiguamente tan estatista y –al mismo tiempo ritual-, hoy, luego de la durísima experiencia de siete años de un liberalismo que atrasaba cien años en materia concursal, está buscando un quicio que lo ha vuelto a acercar a las hipótesis “convencionales” o “contractualistas”. Sólo que, y el dato no es menor, con jueces atentos que –concientes de un acuerdo de mayorías debe ser mirado con ojos severos para tutelar los derechos de las minorías- recurren libremente a todas las disposiciones que provee la ley sustantiva (en particular civil) para garantizar la transparencia de tales acuerdos y la justicia última de lo pactado en ellos. Es cierto que esto de la “justicia última” puede no pasar muchas veces de una expresión de deseos; porque la concursalidad es hija de la cesación de pagos [es decir, de la escasez, de la impotencia], pero parece obvio que la actual directriz está orientada a impedir que el concurso se vea como un negocio de un empresario pícaro que pretende transferir a sus acreedores las consecuencias de sus malas decisiones; y que, por el contrario, aparezca como un modo prudente y racional de socializar el daño, permitiendo a quien (obtenidas quitas, esperas o mutación del objeto de la deuda) se revele como sujeto potencialmente útil –capaz de repagar las consecuencias de ese “pasado” en los términos acordados y de proyectarse al futuro- intentando superar el duro trance de la cesación...”, Truffat, E. Daniel, comunicación al Congreso de Nueva Esparta, Venezuela, 2007, titulada “Brevísimas reflexiones sobre el estado actual del derecho concursal argentino en lo referente al procedimiento preventivo o saneatorio”, publicado en Revista de las Sociedades y Concursos , Año 10, Nro. 50, febrero/marzo 2008, pág. 37 [la cita es de página44]

colectivo social, hacen deseable ese sacrificio; pero también intereses egoístas de cada afectado por la cesación también hace preferible ese mal menor. Aunque el contexto es ligeramente distinto (por las peculiaridades de la gravísima crisis que comenzó en agosto de 2007 y su íntima relación con los mercados bursátiles) basta recordar la sensación de mirar “el abismo” que se apoderó del mundo cuando, con insensatez rayana en el suicidio, las autoridades económicas americanas dejaron que se hiciera trizas “Lehman Brothers”¹⁴.

No es aquí el lugar para debatir sobre la necesidad de mecanismos de prevención y soluciones “autocompuestas”, básicamente de orden intrasocietario¹⁵, en los que tanto ha trabajado algún sector de la doctrina argentina –cuyo bastonero ha sido, claramente, el maestro Efraín Hugo Richard¹⁶-. Tales posturas, cuyo sentido común y sensatez parecen

¹⁴ Todo este escenario está potenciado al infinito en el mundo posmoderno, interconectado en tiempo real, donde buena parte los actuales sujetos afectados por la crisis son poderosísimas (u otrora poderosísimas) multinacionales. Entiéndase por estas: “...aquellas que bajo una unidad mundial de gestión, tienen intereses y actúan en una pluralidad de países, acomodándose a las condiciones económicas, sociales y legales de cada uno de ellos con el fin de conseguir la maximización de sus beneficios y la mejor defensa de sus potencialidades a nivel mundial”. Las empresas multinacionales son importantes en la medida en que constituyen el principal agente de una revolución profunda de la economía tradicional. Son agentes estructurantes de un nuevo sistema mundial y simultáneamente, agentes estructurados por el sistema que han contribuido a crear...”, Bloch, Roberto, “Las empresas multinacionales en el mundo de hoy”, Errepar, DSC Nro. 184, marzo 2003, pág. 241

¹⁵ Una noticia reciente ilustra de la posibilidad de soluciones exógenas de carácter extraconcursal: “...Alemania respiraba aliviada ayer, después de llegarse a un acuerdo para que la autopartista canadiense Magna, apoyada por capitales rusos, se quedara con Opel, cuya supervivencia estaba amenazada por la inminente bancarrota de su controlante estadounidense General Motors (GM)...”, diario “La Nación”, ejemplar del día 31 de mayo de 2009, pág. 6. Cabe acotar que no se trató de una “pura transacción” mercantil, porque para realizarla el gobierno alemán deberá adelantar la no módica suma de 2.120 millones de dólares a una futura firma fiduciaria, que es la que transferirá Opel de GM a Magna (la que cuenta con el respaldo del banco ruso Sberbank y de la automotriz rusa GAZ).

¹⁶ “...La funcionalidad y la legislación societaria tienen hoy normas y recursos que permiten reencauzar las crisis patrimoniales. Son fundamentales las previsiones en torno a como debe procederse cuando se detecten o produzcan causales de disolución,

indisputables, marcan algo así como un “código de buena conducta” para las sociedades en crisis; como un “manual de operaciones”. Ahora cuando tales pasos no ha sido seguidos, o han sido cumplidos de modo insuficiente, o cuando el daño era tan profundo que no había modo de llevar a cabo los pasos del auto rescate; solo queda la técnica concursal ¹⁷. La omisión de medidas adecuadas podrá tener consecuencias para los administradores o socios a la hora de la liquidación; pero en la instancia de “salvataje” el único mecanismo útil y eficaz, con los límites ya apuntados, es la *socialización del daño*.

IV.-

El ser humano, como Sísifo en la mitología ¹⁸, empuja hacia arriba la piedra de su destino, para verla volver a rodar cuando cree haber alcanzado la cumbre. Hemos visto y vivimos múltiples caídas, sinnúmero de retrocesos, y sin embargo hemos vuelto a levantarnos y reiniciado la marcha.

Esto último, uno de las máximas virtudes de nuestra especie, se da en lo importante y en lo que –en definitiva- poco impacta en la economía general del Universo; se da respecto de valores trascendentes y también en el área,

facilitando la remoción de la vinculadas a aspectos patrimoniales las de aumento o reintegración del capital social, aumento por capitalización de pasivos, solución esta última que debería anticiparse a la apertura de cualquier concurso, como lo hace la ley concursal de Colombia, vinculando ambas legislaciones. La conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios. Es una cuestión de derecho privado...”, autor citado, “Ensayo sobre axiología del derecho concursal”, en RDCO Nro. 235, marzo/abril 2009, pág. 315 [la cita es de pág. 379]

¹⁷ Truffat, E. Daniel, “El carácter imprescindible de la concursalidad frente al fenómeno de la insolvencia”, en libro del IIDC, “Cuarto Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal”, pág. 289

¹⁸ “..Sísifo es el más astuto de los mortales y el menos escrupuloso ...Una versión pretende que Zeus lo fulminó y lo precipitó en los Infiernos, condenándolo a empujar eternamente una roca enorme hasta lo alto de una pendiente. Apenas la roca llegaba a la cumbre, volvía a caer, impelida por su propio peso y Sísifo tenía que empezar de nuevo...”, Grimal, Pierre, “Diccionario de Mitología Griega y Romana”, pág. 485

antipática, pero trascendente desde el ángulo colectivo e individual, de la economía .

El sistema económico hoy vigente en todo el globo es maestro en crisis recurrentes. Algunos de sus corifeos, incluso, hablan de “destrucción creativa” (olvidando a las víctimas de tal teórica *regeneración de riquezas*; lo que no tiene nada de incoherente en sus expositores, en general del ámbito anglosajón, por provenir de una cultura poco afecta a sentir piedad por los “daños colaterales”).

Las crisis reiteradas suelen estar precedidas por etapas de expansión rampante, irreflexiva, por momentos en que el futuro parece sonreír donde solo los nostálgicos (“*los pisabrotos*”, dirían en mi tierra) apuntan sobre el carácter cíclico de tales situaciones. La economía desbocada, el sobreconsumo, el endeudamiento alocado –que solo persigue no dejar de consumir- deberían tener presente el viejo ejemplo de la República romana; que cuando otorgaba un “triumfo” a uno de sus generales victoriosos, subía al carro del desfile a un auxiliar que repetía incasablemente al homenajeado: “*recuerda que eres solo un hombre*”

Periódicamente las burbujas estallan...

Pero en tiempos de expansión, como quienes danzaban alegremente sobre la cubierta del Titanic, la suficiencia y la soberbia pueden alcanzar grados de ceguera insuperables-

Así el mundo global, en los años buenos que precedieron al actual “big crunch” (esto de “años buenos” referencia a la sensación general, no a predicar sus bondades objetivas) endurecieron sus sistemas concursales,

llevándolos a situaciones que retrotraían los mismos a viejos prejuicios del Medioevo. El paradigma del “decoctor ergo fraudator” estaba implícito en muchos de los teóricos “nuevos” estatutos que se sembraron a lo ancho y a lo largo de la geografía mundial ¹⁹.

En el fondo, era la combinación de la jactancia de quien se cree invulnerable (las crisis son para “los otros”, para las Naciones de la periferia), dispuesto a regular situaciones muy menores e insanablemente patológicas; con el temor burgués –en el mejor sentido del término en los últimos siglos de la Edad Oscura- de que los malos comerciantes (“manzanas podridas”) pusieran en crisis las múltiples ventajas y privilegios de mostraban quienes, al menos a esa fecha, parecían de gozar de buena salud económica.

¹⁹ La tan demorada legislación uruguaya –hoy ley 18.387-, y pese a la participación de destacadísimos juristas, milita en tal tesitura. Véase, si se duda de tal aserto, el art. 45 (suspensión o limitación de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso) que en los incisos referidos al “concurso voluntario” establece: “...2) Si el concurso fuera voluntario, se suspenderá la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso, con el alcance dispuesto en el numeral 1), solamente cuando el activo no sea suficiente para satisfacer el pasivo. En los demás casos, se limitará la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa y se designará un interventor que coadministrará los bienes conjuntamente con el mismo, 3) En el caso de concurso voluntario, si durante el desarrollo de los procedimientos se pusiera de manifiesto que, en el momento de la declaración judicial, la relación entre activo y pasivo era distinta a la tenida en cuenta para suspender o limitar la legitimación del deudor, el juez modificará de oficio la medida adoptada, transformando la suspensión en limitación o la limitación en suspensión, según corresponda, 4) En caso de haberse dispuesto la limitación de la legitimación del deudor, en cualquier momento el juez, previa solicitud fundada de los interventores y vista al deudor, podrá disponer la suspensión de la legitimación del deudor, cualquiera sea la situación patrimonial de éste ...”. En tanto, el art. 50 (designación de un administrador o una comisión de acreedores por los acreedores), establece: “...Sin perjuicio del régimen de suspensión o limitación de la legitimación del deudor para disponer y obligar la masa del concurso, en cualquier estado de los procedimientos, en audiencia o mediante acta notarial, acreedores quirografarios que representen por lo menos la mayoría del pasivo quirografario con derecho a voto, podrán nominar un administrador del patrimonio y del giro del deudor durante el concurso. En este caso, el administrador designado por los acreedores sustituirá al síndico o al deudor, según los casos, en la función de conservación o administración del patrimonio y del giro del deudor...”.

El cóctel precedente venía envuelto, y el dato es llamativo, con un par de manifestaciones que compatibilizan con enorme dificultad con la concepción teórica; pero que –a la postre- bien podrían considerarse coherentes con el esquema genérico: (a) la prédica constante de cierto sector de la doctrina (de fuerte sesgo economicista) de generar sistemas “amigables” de salida de la crisis de los emprendedores [demostrando que la dureza contra los empresarios, siempre se centraría en los “medianos”, pero sería posible encontrar excusas y justificaciones para un mejor trato para los grandes y poderosos; al final del día, aquellos que siempre podrían escudarse tras su nómina de personal, su capacidad de producción, su importancia para la economía nacional, para salir indemnes de los reproches que merecerían otros sujetos sin capacidad de “lobby” social]. El caso “General Motors” que se menciona más abajo ilustra adecuadamente lo que quiero decir.

Quiero ser justo y señalar que tal enfoque no solo puede responder a intereses cuestionables, sino responder a noble finalidad de promover el “espíritu de empresa”²⁰, o para tratar de buscar, en el terreno de los conceptos, el mismo equilibrio que aquí se reclama y que aparecía francamente distorsionado –en contra de los emprendedores- de modo previo al “big crunch”

(b) la desatención y abandono de los pequeñísimos deudores, condenados – en un esquema genérico de bonanza- a perder sus casas, o su proyecto de vida, por no contar con razonable cobertura médica, por apuntarse en sus biografías alguna desdichada resolución de vínculos de pareja, o por no poder atender tarjetas de crédito (cuyo empleo desmesurado, irreflexivo, incluso: impúdico, había sido motorizado –vía una publicidad insidiosa y

²⁰ Véase: Alegría, Héctor, “Entrepreneurship y aspectos humanos no patrimoniales en la insolvencia”, en particular a partir de pág. 22.

casi irresistible- por los mismos que luego reclamarían la mas dura punición por la desatención de un pago que era, desde el mismo momento de la asunción de deuda, insusceptible de ser honrado).

La pulsiones contradictorias de la realidad, la pretensión de mantener estándares mínimos de eticidad y de tratar, por elementales razones de justicia distributiva, que el peso del perjuicio caiga sobre los “emprendedores” (que, en definitiva, son quienes lucraron en los tiempos de bonanza), la necesidad de preservar tales estándares sin, por eso, *obturar* la salida de la cesación de pagos, hacerse cargo del tratamiento específico que merecen los económica y socialmente mas débiles, da lugar a un “combo” del que parece difícil salir.

Básicamente, en orden a la búsqueda de un “justo medio” satisfactorio.

Los defensores a ultranza de la libertad de mercado no tendrán dudas. Su receta es por todos conocida: liberar hasta el infinito la posibilidad de propuestas y de imposición de acuerdos (con lo cual en vez de “socializarse” el daño, lo que se seguiría es cargarlo derechamente sobre las espaldas de los acreedores); reputar que todas las barbaridades que ha visto el mundo moderno en tiempo recientes (“World Com”, “Enron”, “Parmalat”, “Madoff”²¹) son meros daños colaterales; cantar loas a la “destrucción creativa” y celebrar la depuración que se seguirá, necesariamente de la caída de los ineficaces y de la supervivencia de los mas aptos. Este enfoque de un darwinismo social intolerable, hará caso omiso –mirará para otro lado, o buscará justificaciones para “salir del paso”- frente a las ingentes, formidables, aterradoras, ayudas estatales que

²¹ Véase: www.publico.es, de fecha 14.12.08, donde se menciona –en lo atinente al impacto en España- que el Grupo Madoff estafó a clientes del Banco Santander por 2.330 millones de euros.

los teóricos *aptos* han recibido en el último año y seguramente seguirán recibiendo en el futuro[salvo que se homologue “aptitud” con poder de cabildeo]²².

A su vez, los amigos de los “Index” y las hogueras purificadoras, confiarán en que reiteradas, y seguramente insatisfactorias, acciones de responsabilidad, amenazas de prisión (o directa prisión) para los administradores que medraron durante la expansión de la burbuja, servirán de recto ejemplo para prevenir semejantes males en el futuro (pretensión ingenua porque desconoce la naturaleza humana, o que –de resultar triunfante- devendría contraproducente; porque en el mundo empezarán a escasear los auténticos emprendedores [asustados por lo que vieron] y su lugar sería ocupado por los aventureros, los temerarios o esa “pseudo clase empresaria” de los capitalistas prebendarios, muchas veces meros *testaferros* de políticos indecentes)²³.

Todo esto debió pensarse y prevenirse en tiempos de bonanza. Era allí el momento en cual diseñar mecanismos racionales, firmes pero no autoritarios, que previeran soluciones prácticas y justas para cuando llegara el momento de crisis [porque en las sociedades capitalistas, ese momento siempre llega...]. Sin embargo las viejas enseñanzas de José, visir del Faraón, en el sentido de ahorrar en tiempos de vacas gordas, porque

²² Los notables abusos habidos en concursos en Argentina en los tiempos del post default son una interesante demostración de lo que digo.

²³ La ola auto definida como “moralizadora” –porque se escudó tras los planteos de juristas de buena fe que sí perseguían acabar con abusos- que ha campeado en mi tierra como reacción al fenómeno apuntado en la nota anterior, y *la exposición de los empresarios a las presiones de toda laya de sedicentes custodios de la moral (que solo trataban de presionar para conseguir mejor trato “para ellos” con violación del principio de igualdad –arts. 16 y 56-)* es también una prueba evidente de que la postura correcta está en el medio, y no en el extremo que aquí se menciona.

ineludiblemente llegará la hora de las vacas flacas, no ha pasado de lecturas dominicales, pero cayó –como tantas veces antes- en saco roto.

Las Naciones con regímenes rígidos, los flexibilizarán. Algo así ha hecho Alemania, epítome de la dureza pro acreedor ²⁴, y también Italia (cuya “adaptación” a los nuevos tiempos, tiene tufillo de *cambio de bando*) ²⁵.

Las Naciones con sistemas hiper permisivos, los endurecerán. O recurrirán, como sucedáneo, a la persecución penal ²⁶.

Obvio que las crisis sistémicas no se solventan con leyes de quiebras ²⁷. La concursabilidad solo se focaliza en las hipótesis de máxima patología y solo pueden tratar, en el caso concreto (y con proyección social en tanto anuncio al resto del mercado) los casos donde la impotencia patrimonial está instalada. La concursabilidad es solo uno de los remedios a aplicar al lacerado cuerpo económico global, y no, precisamente, el más eficaz. El régimen de concursos rememora esas cirugías de altísima intrusión en el cuerpo del paciente, con efectos tal vez dolorosísimos e irreparables, y que, aún así se encaran, porque por la tesis del “mal menor”, tales padeceres son reputados menos gravosos que las consecuencias que se seguirían de no operar.

²⁴ Véase: Dasso, Ariel A., “La primera respuesta del derecho concursal a la crisis global: la reforma de la Insolvenzordnung”, L.L., Suplemento “Concursos y Quiebras”, 23 de febrero de 2009, pa’g. 1

²⁵ Basta recordar la magnífica exposición que nos diera sobre los cambios recentísimos a la legislación itálica la Profesora Stefani Pacchi; ello en el ámbito del “Capítulo Argentino” del IIDC.

²⁶ Sobre esto último, véase en el derecho argentino: Rafecas, Daniel E., “El delito de quiebra de sociedades”

²⁷ Y esto no significa que desconozca la importancia que tiene las leyes de quiebras como instrumento de política legal, simplemente afirmo que por sí solas no bastan. Véase sobre el punto Alegría, op cit, pág. 22, nota a pie de página nro. 32

Un ejemplo paradigmático de ello es el “proyecto” de reestructuración que tendría, a la fecha de preparación de esta comunicación la General Motors (es decir, la segunda compañía automotriz del mundo). Según “The Economist”: *“el gobierno y la firma ponen sus esperanzas en un tipo de proceso de quiebra al que se ha denominado “preempaquetado”. El plan es que el gobierno provea financiación para permitir a la compañía continuar con sus operaciones cotidianas. Además, para poder concretar una rápida división entre una GM “buena” que adquiriría todos los activos viables, y una GM “mala” en la que se descargarían todas las obligaciones indeseadas, desde deuda hasta juicios por productos defectuosos y por daños provocados por amianto. **La buena y la mala.** La GM “buena” emergería luego de dos o tres meses, con una estructura de capital limpia y sin contratos que representen cargas pesadas. Los acreedores y otros demandantes tendrían que disputar, quizá durante años, lo que quedara de valor en la GM “mala”, tales como fábricas no deseadas o marcas como Saturn y Pontiac. Suena muy bien, pero aún hay cosas que podrían salir mal. En primer lugar, el juez nombrado para supervisar la quiebra debe estar dispuesto a permitir la venta por vía rápida de los activos buenos. En el caso de Chrysler, el juez Arthur González ha dado su bendición a esa propuesta. Pero GM es mucho mas grande y complejo. Tampoco está claro que efecto tendría la quiebra en la imagen que los clientes tienen de GM. Tal como sucede con Chrysler, el gobierno prometió cumplir las garantías sobre autos nuevos hasta que el futuro esté mas claro...el plan del gobierno es el único juego existente. Sólo un juez muy valiente se atrevería a tomar la decisión de liquidar a GM y los 250.000 puestos de trabajo que desaparecerían con la firma...”*

28

²⁸ El texto fue publicado –en versión castellana de Gabriel Zadunaisky- en el diario “La Nación” del domingo 24 de mayo de 2009. Suplemento “Economía y Negocios”, pág. 5

Así pues, y sin perjuicio de medidas “ad hoc”, que puedan tener con el aquí y ahora de este momento de crisis, lo cierto es que no comparto la idea de retoques definitivos en la normativa concursal. Las leyes de concursos deben ser lo que siempre han sido y para lo que sirven. Y deben serlo según criterios de máxima prudencia (vista la excepcionalidad del régimen concursal frente al derecho común) y, al mismo tiempo, de razonable preservación de la “moral y las buenas costumbres” en el ámbito empresario. Ni un “viva la Pepa”²⁹, porque los zorros liberados a sus nobles instintos suelen llevar a cabo matanzas innombrables en el gallinero; ni un régimen oscurantista que presupone que todo quebrado es de suyo, y por solo hecho de serlo, un defraudador.

Entiendo, entonces, que para enfrentar la presente crisis sistémica (y como parte de una batería de medidas, y nunca como una decisión aislada) son aceptables o –incluso- necesarias, regulaciones de emergencia; con la condición (i) de que no avancen sobre principios y derechos inderogables [de poco nos serviría la técnica sobre la que se han erigido los Estados de Derecho si, en tiempos de crisis, hacemos tabla rasa con ellos –siendo que es “ese” el momento en que mas los necesitamos ³⁰]; (ii) que ostenten la calidad de legislación *transitoria*. De tal suerte que recuperada la calma, a veces la cordura, pueda decidirse seriamente en convertir algunos de sus

²⁹ Esta locución “Viva la Pepa!”, que ha venido a significar “improvisación, desorden, vagancia” refleja la lamentable victoria de los prejuiciosos de siempre. El sentido peyorativo, que es con el que hoy se lo emplea, es producto de los fernandinos que celebraban las cadenas de la monarquía absoluta. “La Pepa” era el nombre popular de la Constitución de Cádiz del 19 de marzo de 1812 (festividad de San José); y la frase en cuestión una celebración de la libertad. *Hay tanto oscurantista escondido tras cándidos y aparentemente inocentes pliegues del lenguaje!*

³⁰ La “solución” proyectada para el caso GM no parece muy respetuoso de tales valores y principios.

dispositivos en normas permanentes o, por el contrario, darles una cálida y reconocida despedida, para que todo vuelva al cauce de la normalidad.

Las normativas concursales, preservadas de la emergencia por regularse esta en cuerpos separados, deberán apuntar –como siempre ocurrió- a ese difícil justo medio que reseñé supra.

Las soluciones preventivas, en tanto preservadores de agentes útiles en el mercado, deben propender a “socializar el daño”; de tal suerte que todos los afectados colaboren en la solución, pero sin liberar a los emprendedores de su *cuota* de pérdida. Sería insoportable que los acreedores fueran convidados especiales en las horas de llanto y luto y que luego, renacida la empresa, y con aptitud de generación de recursos, cayeran en el olvido a la hora de la fiesta.

Así pues, y así como deben prevenirse y evitarse los acuerdos predatorios, debe propenderse a mecanismos de “asociación” en el rescate (de tal suerte que la mejor suerte del sujeto salvado beneficie a todos quienes padecieron la insolvencia).

Aunque en mi tierra está injustamente descalificado –en buena parte por un enfoque ideológico que lo ve siempre como vehículo de fraude; sin distinguir los casos con contabilidad de excelencia que sirvieron para refinanciar deudas por decenas de millones de dólares, con chapucerías mínimas de pícaros sueltos que creyeron haber encontrado el vehículo para “no pagar” y no asumir consecuencias- deberán revalorizarse los vehículos procesales más ágiles e informales que los procesos concursales típicos; tal, el “acuerdo preventivo extrajudicial”. Esta figura (hija de la ley 25.589 y una de sus más lúcidas creaciones, aunque arrojada tras la previsiones de

un antiguo contrato solo oponible a los celebrantes y destinado a proteger ciertos actos frente a una eventual quiebra) comporta enrolarse en la línea del “prepack” americano. Si los concursos preventivos son todos ellos acuerdos de mayorías [al menos en los países donde se colecta tal manifestación y donde la imposición judicial directa es excepcional] el APE no es más que un trámite simplificado donde las conformidades “ya vienen” obtenidas. Como toda figura pobre en controles (el pasivo lo denuncia el propio deudor, no hay sindicatura) es menester ser harto exigente en las registraciones contables –los mejores y mas serios APEs lo fueron de empresas que estaban sujetas, en su accionar y en su contabilidad, al control de su propia Sindicatura social [en general colegiada], al control de la Comisión Nacional de Valores (por cotizar en Bolsa), al control del órgano concedente (por ser la mayoría de ellas concesionarias de servicios públicos) y al control de la SEC (por haber colocado deuda en el mercado de valores americano)-. Los jueces han estado en general a la altura del desafío y los raseros de homologación de estos acuerdos (que una vez confirmados judicialmente producen los mismos efectos que un concurso) han sido de altísima exigencia, para prevenir fraudes y abusos. El sistema, bien usado, es más rápido y económico y se adapta bien a tiempos de crisis, y tiende a decaer en épocas más normales. Esto y predicar su potencial utilidad renacida, es mas o menos lo mismo ³¹.

³¹ “...Ante la debacle económica posdefault se suscitó el problema gravísimo de cómo permitir a los grandes deudores en dólares, atender sus compromisos (cuando, por el lugar de pago y jurisdicción pactada, era obvio que no podían recurrir a los mecanismos que trabajosamente fueron perfilando la ley 25.561, el dec. 214/02 y la parafernalia de dispositivos que los siguió). Agrégase a ello, ya lo apunté mas arriba, que muchos de los sujetos en tal situación eran concesionarios de servicios públicos y apostar al concurso preventivo tenía el riesgo de la posible caducidad (y la necesidad de recurrir al albur de medidas precautorias del juez concursal para sostener la concesión) . Como el obrero de la leyenda urbana –o tal vez con un grado de premeditación y sofisticación que asombrarían-, se recurrió a una solución que parecía “*atada con alambre*”. A partir del viejo acuerdo preventivo extrajudicial (un contrato bonificado en sus efectos en caso de

Hace unos años, uno de los mas lúcidos y creativos juristas argentinos – Juan Anich- propuso algo así como una “propuesta reformulable”. Es decir un plan de pagos sometido a la voluntad de los acreedores y ulteriormente homologado que llevara ínsito, como condición esencial del mismo, la posibilidad de su “reformulación”³². No se trataba, ni se trata, de un nuevo concursamiento. Ni de una negociación con los acreedores para readaptarse a los nuevos tiempos, dentro del marco de la propuesta precedente. Va de suyo que por imperio de la regla de la “par conditio” y las previsiones del art. 56 LCQ, en lo atinente a la imposibilidad de conceder ventajas especiales, en el derecho argentino –al menos- no es

quiebra) se estructuró una nueva figura. Con claros rasgos de concursabilidad (básicamente por la remisión del art. 76 LCQ) y con rémoras del pasado contractual (el art. 71). Y, como en el relato mítico efectuado, la “pieza” funcionó de maravillas. Gracias a ella se renegociaron sin escándalo (aunque con inmenso esfuerzo de la jurisprudencia y la doctrina) más de diez mil millones de dólares de deuda. Se abrió la cabeza de más de uno frente a soluciones que –tal vez- hasta sean traspolables algún día a los concursos. La figura tiene su lado inquietante. Muchos y muy calificados doctrinarios sostienen que genera indefensión ante el mecanismo de determinación de pasivos. Personalmente no comparto tal idea, pero sí señalo (y esto lo apunto como mérito del instituto) aquí se ha hecho más evidente el destrato que la normativa concursal tiene respecto de los créditos litigiosos y sostengo –con mucho más énfasis que en la primera edición de este libro- que sin una contabilidad seria (ya no digo regular) que permita confiar en los datos informados por el deudor, el APE se tornará un proceso tortuoso...”, Truffat, E. Daniel, “El nuevo acuerdo preventivo extrajudicial” (2da edición actualizada y ampliada), pág. 212

³² “...Tomando en cuenta lo manifestado precedentemente, y advirtiendo que cualquier propuesta de pago proyectada en el tiempo, puede verse influida o incluso desarticulada por cambios en las condiciones “macroeconómicas e institucionales” se torna preciso elaborar un tipo de propuesta que pueda adaptarse a tales cambios cuando ellos se producen, de lo contrario la rigidez propia de las propuestas habitualmente homologadas y la propia ley concursal, seguirán llevando a las compañías a enfrentar situaciones de quiebra. Para ello considero que es factible dentro del sistema legal argentino efectuar “propuestas readecuables”, que permitan la readaptación de ellas a los cambios que se produzcan durante la etapa de cumplimientos por motivos macroeconómicos o institucionales. Así podemos conceptualizar a las propuestas readecuables como aquellas propuestas de pago que establezcan de modo expreso, un procedimiento reajuste ante los cambios macroeconómicos e institucionales, identificados previamente por el deudor y por los acreedores de la propuesta...”, Anich, Juan, “La propuesta de pago readecuable”, L.L., Suplemento de Concursos y Quiebras, 31 de marzo de 2005, pág. 9

viable renegociar una cierta obligación concordataria con un acreedor sino a la baja. Obvio que nadie le impide a ese acreedor, en el marco de la autonomía de la voluntad (Cód.Civil, arts. 1197 y 1198) conceder plazos mas extensos, o aceptar percibir “menos” de lo prometido, u otorgar esperas adicionales. Pero la ley veda cualquier tratamiento preferencial en su favor. La única manera de generar mutaciones que pudieran verse como atendibles (por ejemplo una precancelación), solo resistiría los postulados del orden público nacional si se tratara de una propuesta “abierta” a todos los acreedores (algo así se hizo en el concurso preventivo de “Aerolíneas Argentinas”). Cualquier modificación sustantiva del acuerdo –que portara eventuales mejoras, aunque a la postre significara, en verdad, la reformulación del *sinalagma*- estaría en situación de precariedad: exigiría la unanimidad de acreedores y no resultaría vinculante para los disidentes y tardíos que aún no hubieran sido habidos por acreedores concurrentes. La talentosa sugerencia de Anich prevé que el propio acuerdo contemple su potencial reformulación. Con lo cual no sería menester coleccionar nuevas conformidades, o solo bastaría el acuerdo de cierto sector preestablecido (el “comité de acreedores”, un grupo especial de “controladores” previsto en la ley), o –incluso- podría admitirse una variación de situaciones no esenciales con la conformidad de ciertas mayorías acordadas convencionalmente.

En tiempos de incertidumbre; donde –en verdad- no sabemos que nos deparará el futuro, una alternativa como la que aquí se menciona, aparece como un mecanismo útil e inteligente.

En caso de quiebra debe sancionarse el dolo o el accionar en estado de infracapitalización endémica. Esto último porque ello no solo genera una falsa apariencia de solvencia, sino porque contiene la contradicción de

omitir uno de los deberes básicos de quien participa de entes asociativos (dotar a este de capital suficiente), pretendiendo contar –sin auténtico contravalor- con la limitación de responsabilidad que se sigue de emplear tipos societarios que tienen tal calidad ³³. Sin embargo no deben extremarse la persecución llevando el reproche al obrar meramente culposos o desafortunados; porque en estos tiempos de incertidumbre pocos son los que pueden tomar con lucidez las medidas que exigen las circunstancias de personas, tiempo y lugar.

El deslumbramiento por la capacidad de recuperarse a partir de tales acciones no pasa, muchas veces, de una mera expresión de deseos, de un “desideratum”. Es mucho más lógico propugnar acciones sencillas,

³³ “La infracapitalización material está indisolublemente ligada a la insolvencia, que genera un efecto que encuadra en otra causal de disolución: la imposibilidad sobreviviente para cumplir el objeto social –que puede no aparecer como pérdida del capital estatutario-. En la mayoría de los supuestos, una situación concursal implica una infracapitalización funcional. El Model Business Corporation Act (MBCA), limita la tutela de los acreedores sociales al respeto de un test de insolvencia (insolvency test) en virtud del cual no pueden hacerse distribuciones a los socios cuando la sociedad es insolvente, o cuando se vuelve tal con la distribución. Considera insolvente a la sociedad que en el curso normal de su actividad no está en condiciones de pagar el vencimiento sus propios débitos, como aquella en que su activo total es inferior al pasivo total aumentado de cuánto corresponde pagar a los accionistas privilegiados en caso de liquidación (balance sheet test). Cualesquiera que sea la solución: sociedades con capital mínimo, sociedades sin capital social, sociedades con capital variable, identificamos para todas ellas una misma funcionalidad: no deberían continuar su actividad, si patrimonialmente no resisten un insolvency test (equity insolvency test, balance sheet-based test, bankruptcy test). Se trata de introducir formalmente –o funcionalmente como obligación de los administradores- lo que todos los auditores usan, y sin duda informan a los administradores sociales, aunque nada de ello aparezca en la Memoria de ejercicio que acompaña al balance anual: el solvency test. La tensión aumenta cuando el valor patrimonial de la sociedad no permite satisfacer su pasivo, los accionistas pierden interés en la gestión y los acreedores, en cambio, pasan a tener interés fundamental en la prosecución exitosa de la actividad. Los acreedores de una empresa en crisis se encuentran en la misma situación de inversores *in* derecho, que no tuvieron en cuenta cuando contrataron sin la información de esa situación o antes de que se produjera esa situación...”, Richard, Efraín Hugo, “Relaciones de organización. Sistema societario”, ya cít, pág. 167

expeditas y acotados que “juicios de siglo” (aptos para fama mediática y, en general, con magros resultados).

Debe prestarse particular atención al tópico de los consumidores ³⁴. Varias veces he apuntado la necesidad de tratamiento específico. En este momento de crisis y penuria los estatutos específicos, que permitan la rápida reinserción en el mercado son cuestión que excede las buenas intenciones. Y no solo por prevenir un colapso social que deteriora las condiciones de civilidad y habitabilidad de las distintas sociedades; sino –aunque mas no fuera- por motivos egoístas (al modo del “fordismo”). El renacimiento patrimonial de los particulares será mecanismo idóneo para reactivar el mercado y, por vía indirecta, asistir a la superación de la situación hoy imperante ³⁵.

Lo último dicho no pretende colocar a los consumidores irresponsables en el rol de puras víctimas (bandera cara a los demagogos). Pero tampoco debe hacer olvidar el impacto descarnado sobre la psiquis social que se sigue de una publicidad que incita a una propensión malsana al consumo. Las leyes de defensa del consumidor, o mecanismos alternativos, mucho

³⁴ Véase: Barreiro, Marcelo G. –Lorente, Javier A. –Truffat, E. Daniel, “El concurso olvidado: consumidores, usuarios de tarjetas de crédito, etc.”, Errepar, DSC Nro. 216, noviembre 2005, pág. 1349 (La página del Director); “Otra vez sobre el concurso mínimo: cuando las barbas de tu vecino veas afeitarse ...”, Errepar, DSC Nro. 246, mayo 2008, pág. 373; “Concurso mínimo”, RDCO, Nro. 234, enero/febrero 2009, pág. , pág. 189; Truffat, E. Daniel, “El tiempo del “concurso mínimo”, biblioteca profesional Infobae: Doctrina Societaria y Concursal, pág. 106; “Algunas ideas sobre los concursos de los consumidores y otros pequeños deudores”, Errepar, DSC, en prensa.

³⁵ En el mismo ejemplar del diario “La Nación” mencionado mas arriba –pero en la página 4- luce esta noticia bajo el título “Hábitos mas conservadores”: “La situación actual de los mercados del mundo impacta en diferentes medidas sobre algunos hábitos de consumo. De acuerdo con un estudio de The Nielsen Company, durante la primera mitad de 2009, en América Latina el 91% de los consumidores encuestados manifiestan que luego de cubrir los gastos esenciales les queda algo de dinero sobrante. En el caso de la Argentina, este porcentaje se ubica en el 93% y se observan hábitos mas conservadores a la hora de gastar el excedente”

tendrán que decir sobre el particular. Nuevamente se trata del “justo medio”: el favorecer que los ciudadanos de a pie vuelvan a adquirir bienes y servicios y movilicen el mercado, jamás debería significar que se los lance a una carrera desenfrenada y sin otro destino que la insolvencia.

V.-

En conclusión:

(i) Lo urgente no debe hacer olvidar lo importante. Las leyes de concursos no están para afrentar “crisis sistémicas” sino para recomponer relaciones patrimoniales desquiciadas por la insolvencia, conforme parámetros de justicia distributiva. En consecuencia: **las leyes dictadas al calor de la “excepción” frente a abismos suscitados por el “big crunch” deben ser “leyes transitorias”**. Una vez que vuelva la calma, se podrá evaluar si deben incorporarse, o no, al cuerpo estable de normas de la Nación;

(ii) La crisis no debe poner en juego valores “fundamentales” de la vida democrática y civilizada. Las Leyes Fundamentales están para los buenos y para los malos tiempos, pero –en especial- para los malos. Cualquier alteración en las reglas de juego en la socialización del daño (medio habitual de superación de la cesación) no debe renunciar a la idea de que debe haber un “sacrificio compartido” entre el deudor y sus acreedores afectados por la impotencia patrimonial; y que si alguno de ambos debe “perder” más es justo que sea el deudor y sus accionistas o cuotapartistas y no los acreedores. Esto sin olvidar, claro está, la importancia de la *conservación de la empresa*, básicamente en tanto dadora de trabajo y productora de bienes y servicios. Parece de elemental justicia que se propicien mecanismos de “asociación” de los acreedores con el eventual

éxito de la reestructuración, visto que la ley –y la realidad- los asocian “a palos” al esfuerzo del salvataje. Asimismo, deberán pensar modalidades flexibles y lúcidas –como la propuesta reformulable de Anich o similar- que se adapten a tiempos de incerteza;

(iii) La “demonización” de los emprendedores nunca sirvió de nada. Y en tiempos de crisis sirve menos. En tiempos donde todo es dudoso, difuso, grisáceo, es más difícil determinar si se está en la senda correcta. Sin dejar de prevenir y sancionar el obrar fraudulento, así como la administración temeraria en estado de infracapitalización (que es un modo de engañar al mercado); deberá tenerse un enfoque flexible sobre las situaciones dudosas. El “decoctor ergo fraudator” atrasa algunas centurias ³⁶;

(iv) Deben propugnarse mecanismos de reestructuración ágiles (al modo del APE argentino), siempre que (a) se arbitren sistemas de control judicial que impidan que se conviertan en máquinas de abuso y fraude [ello ha ocurrido en mi tierra con el magnífico empleo que hicieron los jueces de la facultad del art. 52, inc. 4 LCQ] y (b) que se reserven a sociedades mercantiles, u otros emprendimientos, que puedan, y deban, exhibir contabilidad de excelencia [máxima asistencia a los magistrados ante la carencia de auxiliares al modo de los síndicos];

(v) Deben articularse sistemas específicos que atiendan específicamente la situación de los consumidores arrojados (o lanzados, por no resistir las presiones publicitarias con la que nos ahoga el tecnocapitalismo) a la insolvencia.

³⁶ Véase: Truffat, E. Daniel, “Decoctor ¿ergo fraudator?”, Lexis Nexis, Córdoba Nro. 7, Julio 2007, pág. 565.

